Civilrechtliche Erörterungen

von

Dr. Konrad Büchel,

Privatdocenten der Rechte an der Universität zu Marburg.

Erster Band.

---

1) Ueber die Wirkung der Klagenverjährung.

2) Ueber die Natur des Pfandrechtes.

3) Ueber jura in re und deren Verpfändung.

Marburg,
Verlag von Christian Garthe.
1834.

156. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Ueber die Wirkung

der

Klagenverjährung,

von

Dr. Konrad Büchel.

Marburg,
bei Christian Garthe.
1832.

Vorwort.

So lange in der Rechtswissenschaft sich noch Controversen finden, rechtfertigt sich jeder Beitrag zur Lösung derselben von selbst; was zu einer Zeit, wo in den verschiedenen Staaten Deutschlands das Streben nach neuen Prozeß-Ordnungen nicht nur, sondern nach neuen Gesetzbüchern überhaupt fast allgemein geworden ist, um so mehr der Fall seyn muß, als es hier vorzüglich noth thut, die einzelnen Rechts-Institute auf sichere Grundlagen zurück zu führen und deren innere Natur genau zu erforschen und festzustellen. Daneben wurde aber der Verfasser zu dem Entschlusse: seine Ansichten über einzelne bestrittene Rechtslehren der Oeffentlichkeit zu übergeben, noch insbesondere durch die Erfahrung bestimmt, daß es dem akademischen Lehrer, selbst bei

den umfassenderen Vorträgen über das Civilrecht, nicht möglich wird, die Gründe seiner Ansicht erschöpfend zu entwickeln und sie gegen die abweichenden Meinungen Anderer genügend durchzuführen und zu vertheidigen; es ihm daher erwünscht seyn muß, seine Zuhörer auf eine ausführlichere Behandlung des fraglichen Gegenstandes verweisen zu können. Hieraus ergibt sich denn auch, daß die Absicht des Verfassers keineswegs gewesen sey, nur Neues zu sagen, was bei dem Zustande unserer Wissenschaft ohnehin fast unmöglich seyn dürfte, sondern daß er vielmehr bemüht seyn mußte, das schon von Andern Gesagte zusammen zu stellen und zu prüfen, und dann das, was er nach genauer Vergleichung der Quellen als wahr erkannte, möglichst vollständig zu begründen. Dabei hat er aber auch seine Kräfte in keiner Weise überschätzt, sondern ist sich der Unvollständigkeit seines Wissens zu klar bewußt, als daß er nicht einsehen sollte, daß da, wo andere und größere Männer geirrt haben, auch er in einem Irrthume befangen seyn könne; hofft aber ebendeßhalb, daß, so wie er, nur die Wahrheit erstrebend,

jede Berichtigung seiner Ansichten dankbar anerkennen wird, auch ein etwaiger Irrthum von seiner Seite um so verzeihlicher erscheinen werde; und so übergibt er dem Publikum zunächst eine Abhandlung über die Wirkung der Klagenverjährung, welcher, wo möglich, in jedem halben Jahre eine andere folgen soll, wovon die nächste sich über die dingliche Natur des Pfandrechts verbreiten, und hoffentlich noch zur Unterstützung der, in der hier folgenden Abhandlung, vertheidigten Theorie beitragen wird.

Marburg am 9ten Mai 1832.

Dr. Konrad Büchel.

Ueber die Wirkung der Klagen-Verjährung.

Eine der wichtigsten und, für Theorie sowohl als Praxis, folgenreichsten Controversen ist die über die Wirkung der Klagen-Verjährung; eine Streitfrage, die von den Rechtslehrern von jeher unter die schwierigsten gezählt wurde, und die zwar in der *neuesten* Zeit von Männern, deren ausgebreitete Kenntniß des Rechts und tiefe Forschungsgabe allgemein anerkannt sind, wiederholt erörtert, dessen ungeachtet aber noch nicht zu einer allseitig befriedigenden Entscheidung gebracht worden ist; so daß nach wie vor in den verschiedenen Lehrbüchern bald die eine, bald die andere Ansicht befolgt wird. Diese Erkenntniß bewog den Verfasser vorliegender Abhandlung seine eigenen geringen Kräfte zu versuchen, um bei sich endlich zu einer festen Ueberzeugung zu gelangen, und so auch bei seinen Zuhörern jeden Zweifel beseitigen zu können. Er glaubt es nun der Wissenschaft schuldig zu seyn, das Resultat seiner Forschung nebst den Gründen desselben in Folgendem dem juristischen Publikum vorzulegen. Dabei schien es ihm aber erforderlich, die Gründe, welche seither von den verschiedenen Schriftstellern für die eine oder andere Meinung aufgeführt worden waren, zusammen zu stellen, um auf diese Weise seinen Lesern eine vollkommene Uebersicht zu erleichtern, und demnach um so sicherer auf eine vollständige Befriedigung derselben rechnen zu können.

Der Punkt, um welchen sich die hier zu erörternde Controverse dreht, ist bekanntlich die Frage: ob mit dem Hinwegfallen der Klage durch die Extinktiv-Verjährung blos die

Klage oder, zugleich mit derselben, das ganze Recht als erloschen zu betrachten sey; woraus sich dann auch die davon abhängigen wichtigen Folgen ergeben. Bekennt man sich nämlich zu der ersteren Ansicht, so muß man nach Verjährung der Klage aus einem Forderungsrechte die Fortdauer einer obligatio naturalis und zu deren Geltendmachung einer exceptio nebst allen sonstigen mit einer obligatio naturalis verbundenen Wirkungen annehmen; schließt man sich dagegen den Vertheidigern der letzteren Ansicht an, so muß man behaupten, daß, mit der Verjährung der Klage aus einer Obligation, diese selbst so vollständig erloschen sey, daß sie auch nicht als obligatio naturalis bestehen bleibe, mithin vom Gläubiger auch nicht zu einer exceptio oder zur Compensation oder Novation gebraucht, und daß eben deßhalb für eine verjährte Forderung weder eine Bürgschaft oder ein constitutum eingegangen, noch ein Pfandrecht bestellt, vielmehr das aus Irrthum Gezahlte mit der condictio indebiti zurückgefordert werden könne.

Man mag sich nun auch für die eine oder andere Ansicht entscheiden, immer hat man die Auctorität der angesehensten Rechtsgelehrten für sich. Mit Uebergehung der älteren Literatur [1]) sollen hier nur die neuesten Schriftsteller, welche diese Controverse behandelt haben, aufgeführt werden. Nachdem Weber [2]) die blose Erlöschung der Klage, Sommer [3]) aber die gänzliche Erlöschung des Rechts vertheidigt hatte, suchte von Löhr [4]) die letztere näher zu begründen. Ihm trat wieder entgegen Guyet [5]), dem sich Francke [6]) und Unter-

1) Ueber dieselbe vergl. man Guyet im Archiv für civil. Praxis. Bd. XI. Heft 1. Nro. V. S. 63. Note 1.

2) Beiträge zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden. 4te Aufl. Leipzig 1820. S. 7 ff. und Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit. §. 92.

3) Rechtswissenschaftl. Abhandlungen. Bd. I. Gießen 1818. S. 6—23.

4) Archiv für civil. Praxis. Bd. X. Hft. 1. Nro. II. S. 70—77.

5) a. a. O. S. 62—91.

6) Civilistische Abhandlungen. Göttingen 1826. Nro. II. S. 73 ff.

holzner [7]) anschlossen, während die von von Löhr vertheidigte Ansicht, mit neuen Gründen unterstützt, wieder in Schutz genommen wurde von Heimbach [8]) und Vermehren [9]). Daß aber durch diese Schriftsteller noch nicht alle Zweifel beseitigt seyen, zeigen die neuesten Lehrbücher des Civilrechts; denn während sich von Wening-Ingenheim [10]) für die gänzliche Erlöschung des Rechts erklärt, nimmt Mackeldey [11]) blos das Hinwegfallen der Klage an, und Thibaut [12]) unterscheidet zwischen der Verjährung der actiones temporariae und der perpetuae, wonach bei jener blos die Klage, bei dieser aber das ganze Recht aufhören soll.

Da nun hier versucht werden soll die Ansicht, daß mit der Verjährung der Klage aus einer obligatio, ohne Unterschied, ob diese eine perpetua oder temporaria ist, das ganze Recht hinwegfalle, durchzuführen, so wird es zweckmäßig seyn, die Gründe, auf welche sich die Gegner dieser Ansicht für ihre entgegengesetzte Behauptung berufen, voranzustellen, und sie dann einzeln zu widerlegen. Es lassen sich aber dieselben auf zwei, eigentlich von einander unabhängige, Hauptargumente, zu deren Unterstützung dann noch zwei andere Bestimmungen des Römischen Rechtes dienen sollen, zurückführen. Demnach soll sich der Satz, daß nach der Verjährung der Klage nicht das ganze Recht, sondern nur die Klage hinweggefallen sey, also namentlich bei einem verjährten Forderungsrechte noch eine obligatio naturalis und zu deren Schutze noch eine exceptio bestehen bleibe, ergeben:

---

7) Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. Leipzig 1828. Bd. I. §. 156 — 159. Bd. II. §. 258.

8) Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, von Linde, Marezoll und von Wening-Ingenheim. Bd. I. Hft 3. Nro. XXII. S. 436 — 441.

9) Ebendas. Bd. II. Hft 2 u. 3. Nro. IX. u. X. S. 319 — 358.

10) Lehrbuch des gem. Civilrechts. 4te Aufl. Bd. I. §. 43. S. 112 u. 113.

11) Lehrbuch des heut. Röm. Rechts. 9te Aufl. Gießen 1831. Bd. I. §. 199. S. 252 u. 253.

12) System. 7te Aufl. §. 1056 u. 1062.

I. Aus der Regel des Römischen Rechts, daß eine exceptio unverjährbar sey [13], in Verbindung mit der ferneren Rechtsregel, daß aus einem Rechtsverhältnisse, aus welchem eine Klage gegeben werde, um so mehr auch eine exceptio gestattet werden müsse [14], woraus nun von selbst folge, daß, wenn die aus dem Rechtsverhältnisse entsprungene Klage durch Verjährung hinweggefallen sey, die daneben bestehende exceptio, da sie der Verjährung nicht unterworfen sey, nach wie vor fortdauere, in Gemäßheit der Regel: quae ad agendum sunt temporaria, ad excipiendum sunt perpetua; wie dieß auch in mehreren Stellen des Römischen Rechts deutlich ausgesprochen werde [15]. Aber auch ganz abgesehen hiervon soll die Fortdauer einer obligatio naturalis nach verjährter Klage

II. folgen aus dem Grunde der Klagen-Verjährung und der rechtlichen Wirksamkeit derselben, in Beziehung auf die Aufhebung des fraglichen Rechts. Es sey nämlich gewiß, und auch von den Vertheidigern der entgegengesetzten Ansicht zugegeben, daß mit der Verjährung der Klage das fragliche Recht nicht ipso jure erlösche, sondern nur ope exceptionis [16]. Diese exceptio sey nun zwar eine exceptio perpetua; allein die Wirkung der exceptio perpetua bestehe bekanntlich nur dann in der gänzlichen Vernichtung des entgegenstehenden Rechtes, wenn sie in favorem debitoris, nicht aber wenn sie in odium creditoris eingeführt sey, in welchem letzteren Falle

---

13) l. 5. §. 6. de doli mali et metus except. (44, 4.). Weber Beiträge. S. 7 ff. Glück Commentar. Bd. V. §. 439. Guyet a. a. O. S. 78. Mackeldey a. a. O. §. 202., vergl. mit §. 199. Note d.

14) l. 156. §. 1. de R. J. (50. 17.)

15) l. 5. §. 6. de doli mali et metus except. (44. 4.) l. 5. u. 6. C. de exceptionib. (8. 36.). Vergl. die in Note 13. angeführten Schriftsteller.

16) l. 7. §. 2 — 4. C. de praescript. xxx vel xl ann. (7. 39.) l. 8. §. 1 u. 4. l. 9. C. eod. l. 1. §. 2. C. de ann. except. (7. 40.) l. 30. C. de jure dotium (5. 12.) von Löhr a. a. O. S. 72. Guyet a. a. O. S. 80. Note 27 a. E.

vielmehr eine naturalis obligatio auf Seiten des Schuldners bestehen bleibe, zu deren Geltendmachung dem Gläubiger eine exceptio gegeben werde [17]. So verhalte es sich namentlich bei der exceptio Scti Macedoniani und so müsse es sich auch bei der praescriptio oder exceptio temporis verhalten, welche aus der Klagenverjährung entspringe; denn auch diese sey eine exceptio in odium creditoris introducta. Der Grund der Klagen-Verjährung bestehe nämlich nicht etwa in einem dem Schuldner gegen einen seit langer Zeit nicht in Anregung gebrachten Anspruch zu gewährenden Schutze, sondern vielmehr in der Bestrafung der Nachlässigkeit des Gläubigers; wie dieß auch von den Kaisern in den hierher gehörigen Constitutionen [18], und namentlich von Justinian, ganz unzweideutig ausgesprochen werde, welcher die aus der Klagen-Verjährung entspringende exceptio geradezu eine odiosa contra desides homines et sui juris contemtores eingeführte nenne [19]. Es sey daher die exceptio temporis nur eine die Klage, nicht aber das Recht treffende *exceptio* [20], weßhalb auch überall da, wo in den Gesetzen von der Klagen-Verjährung gehandelt werde, ihre Wirkung immer nur in die *submotio* oder *extinctio actionis*, nicht aber in das Erlöschen des Rechtes selbst gesetzt werde [21].

---

17) l. 19 u. 40. pr. vergl. mit l. 51. de cond. indeb. (12. 6.) l. 9. §. 4 u. 5. l. 10. ad Sctum Macid. (14. 6.), vergl. mit l. 10. de O. et A. (44. 7.) Guyet a. a. O. S. 77 u. 78.

18) l. 1. §. 5. C. Theod. de actionib. certo tempore finiendis (4. 14.) vergl. mit l. 3. C. Just. de praescript. xxx vel xl ann. (7. 39.) verbis: verum ne qua *otioso nimis ac desidi* querimonia relinquatur rel. Guyet a. a. O. S. 67.

19) l. 3. in fine C. de ann. except. (7. 40.) vergl. mit l. 2. C. eod. verbis: *Sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia* rel. Guyet a. a. O. S. 68.

20) Guyet a. a. O. S. 73.

21) l. unica C. Theod. de *actionibus* certo tempore *finiendis* (4. 14.) vergl. mit l. 3. C. Just. de praescript. xxx vel xl ann. (7. 39.) und l. 4 u. 7. C. eod. Nov. *Valentiniani* tit. 27. c. 1. pr. §. 3 — 6. Guyet a. a. O. S. 78 — 88.

Außer diesen beiden Hauptgründen berufen sich die Vertheidiger der blosen Klagen-Verjährung noch auf zwei andere Bestimmungen des Römischen Rechts, welche reine Folgerungen aus dem Fortbestehen eines Rechtes nach verjährter Klage enthalten, und sich nur aus einem solchen sollen erklären lassen; weßhalb sie sich eben vorzüglich zur Unterstützung jener beiden Hauptgründe eignen, und die Wahrheit der aufgestellten Ansicht selbst unwiderleglich darthun sollen. Es sey nämlich:

1) gewiß, daß der Eigenthümer durch die Verjährung seiner Eigenthumsklage gegen den malae fidei possessor keineswegs sein Eigenthum verliere, daß dieses vielmehr fortbestehe, und durch die Verjährung nur die Eigenthumsklage gegen den Präscribenten ausgeschlossen werde, so, daß wenn die Sache, unabhängig von diesem, an einen dritten Besitzer komme, der Eigenthümer sie wieder vindiciren könne [22]. Ebenso verhalte es sich bei allen übrigen dinglichen Sachenrechten, wo mit der Verjährung der Klage wieder nicht das dingliche Recht, sondern nur die Klage hinwegfalle. Hieraus erhelle, daß die durch die Verjährung der Klage begründete exceptio immer nur die Klage, niemals aber das Recht selbst treffe; wonach denn dasselbe auch bei den Forderungsrechten eintreten, hier also nach verjährter Klage eine naturalis obligatio bestehen bleiben müsse [23]. Die Richtigkeit der aufgestellten Theorie überhaupt und insbesondere in ihrer Beziehung auf Forderungsrechte soll endlich

2) über allen Zweifel erhoben werden durch die bekannte Bestimmung des Römischen Rechts, daß das Pfandrecht fortbestehe, wenn auch die Klage aus der durch dasselbe gesicherten Forderung durch Verjährung erloschen sey [24]; was nicht der Fall seyn könne, wenn mit der Verjährung der Klage das Forderungsrecht selbst aufgehört habe, indem nach erloschenem

---

22) l. 8. §. 1. C. de praescript. xxx vel xl ann. (7. 39.)

23) Guyet a. a. O. S. 89 u. 90.

24) l. 7. C. de praescript. xxx vel xl ann. (7. 39.) vergl. mit l. 2. C. de luit. pign. (8. 31.)

Hauptrechte das accessorische Pfandrecht unmöglich bestehen könne [25]).

In Vorstehendem hoffe ich die Gründe, welche von den Vertheidigern der blosen Klagen-Erlöschung angeführt werden, in ihrem Zusammenhange und in ihrer vollen Stärke aufgestellt zu haben, und es läßt sich nicht läugnen, daß Scharfsinn bei der Aufstellung und Consequenz bei der Durchführung der auf dieselben gebauten Theorie einen Anstrich von Wahrheit gegeben haben, durch welchen jeder, der sich derselben ohne genaue Prüfung ihrer Vorder- und Verbindungssätze hingibt, leicht für das darauf beruhende Resultat, und zwar um so eher gewonnen wird, als die Verjährung überhaupt, zunächst blos auf positivem Rechte beruhend, die natürliche Billigkeit gegen sich zu haben scheint. Hier dürfte aber das, was Tryphoninus bei einem ähnlichen Falle bemerkt, in Anwendung gebracht werden, wonach, wenn man blos nach dem jus naturale und gentium die Sache beurtheilen wollte, ein ganz anderes Ergebniß herbeigeführt werden würde, als wenn man nach dem jus civile und dem ordo legum entscheidet [26]). Das, was von den Vertheidigern der entwickelten Theorie gegen die von ihren Gegnern vorgebrachten Gründe ist gesagt worden, wird da am passendsten seinen Platz finden, wo diese Gegengründe in der, nun zu versuchenden, Widerlegung jener Theorie vorkommen werden. Hierbei dürfte es wohl wieder das Rathsamste seyn, dieselbe Ordnung zu befolgen, welche bei der Aufstellung der zu widerlegenden Theorie selbst befolgt worden ist.

Wenden wir uns demnach

I. zur Prüfung des ersten Hauptgrundes der Gegner, so ist es allerdings eine wohlbegründete Rechtsregel, daß eine exceptio der Verjährung nicht unterworfen sey, aus dem von *Paulus* lib. LXXI. ad edictum angegebenen, ganz zutreffenden Grunde:

25) Guyet a. a. O. S. 88. und mit ihm alle übrigen Vertheidiger seiner Ansicht.

26) l. 31. pr. depositi. (16. 2.)

Cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure; is autem cum quo agitur non habeat potestatem quando conveniatur. 27)

und eben so fest steht der fernere Grundsatz:

Cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit 28);

allein das, was man aus der Verbindung dieser beiden Rechtssätze zu Gunsten der angegriffenen Theorie hat folgern wollen, folgt gar nicht aus derselben, beruht vielmehr auf durchaus falschen Voraussetzungen oder sonderbaren Mißverständnissen. Zwar ist in neuerer Zeit die Frage über die Wirkung der Verjährung auf die Einreden mehrfach erörtert worden 29), jedoch ohne daß man sich die Sache vollkommen klar gedacht hätte; weßhalb hier eine etwas genauere Betrachtung derselben nicht am unrechten Orte seyn dürfte.

Als leitendes Prinzip bei dieser Untersuchung muß der Satz an die Spitze gestellt werden: daß aus demselben Grunde und auf denselben Gegenstand gerichtet, niemals Klage und Einrede gleichzeitig derselben Person zustehen können 30); denn dieß würde

27) l. 5. §. 6. de doli mali except. (44. 4.) vergl. mit l. 7. §. 1. de H. P. (5. 3.)

28) l. 156. §. 1. de R. J. vergl. mit l. 1. §. 4. de superficiebus. (43. 8.) Es enthält dieser Satz nur eine Anwendung der allgemeineren Rechtsregel: non debet, cui plus licet, quod minus est non licere. l. 113. de R. J.

29) Sommer a. a. O. Unterholzner a. a. O. Bd. II. §. 156 — 160. Pfeiffer praktische Ausführungen. Bd. III. Hannov. 1831. Nro. III. S. 73 — 83.

30) Man hat diesen Satz nach Sommer a. a. O. S. 34 — 39. bisher immer nur von der actio und exceptio doli behauptet; allein es ist derselbe ein allgemeiner, von allen Rechtsverhältnissen, welche sich zu einer actio und einer exceptio eignen können, geltender. Zwar will Guyet a. a. O. S. 89. in der Note Sommer's Bemerkung, daß aus demselben dolus dem Betrogenen nicht gleichzeitig die actio de dolo und die excep-

in sich widersprechend seyn, da die Klage eine Veränderung des bestehenden Zustandes, die Einrede aber eine Beibehaltung desselben bezweckt [31]). Dieser Regel widersprechen auch nicht diejenigen Stellen, worin gesagt wird, daß eine actio und daneben auch eine exceptio dem Berechtigten zustehe; denn hier beruhen beide entweder auf einem verschiedenen Grunde, oder sie sind auf verschiedene Gegenstände gerichtet. Hierher gehört hauptsächlich eine Stelle aus *Ulpiani* lib. XI. ad edictum [32]):

Sed quod praetor ait *ratum non habebo* quatenus accipiendum est, videamus. Et quidem aut *imperfecta res* est, licet metus intervenerit, utputa stipulationem

---

tio doli (auf denselben Gegenstand gerichtet) zustehen könne, als eine auffallende, erorbitante Behauptung darstellen, die sich nirgends angedeutet finde, und die daher Sommer nur seiner Theorie zu Liebe und um sie gegen l. 5. §. 6. de doli mali except. zu schützen, ersonnen habe. Es liegt aber die Wahrheit jener Bemerkung in der Natur der Sache, und würde daher nicht bezweifelt werden können, wenn sich auch keine weitere Andeutung in unseren Quellen fände, wie dieß doch allerdings der Fall ist. Am allerwenigsten ist es aber Guyet gelungen, einen haltbaren Einwand gegen Sommer aufzustellen; denn wenn er als einen solchen Fall, wo man dem Betrogenen die actio de dolo deßhalb nicht werde abschlagen können, weil er sich möglicher Weise der exceptio doli hätte bedienen können, sich ein durch Betrug veranlaßtes Geschäft denkt, woraus der Betrogene schon geleistet, nun aber der Betrüger die Dreistigkeit hätte, ihn noch einmal auf Erfüllung zu belangen, so zeigt er dadurch gerade die Richtigkeit der Sommer'schen Bemerkung; denn in diesem Falle hat der Betrogene gar keine exceptio, und am wenigsten die exceptio doli (specialis), sondern er beruft sich auf die solutio, und hat, um den weggegebenen Gegenstand wieder zu erlangen, freilich — aber auch nur — die actio de dolo, die er etwa reconveniendo geltend machen kann.

31) *Gajus* IV. §. 2 u. 3. vergl. mit §. 116 — 118. l. 51. de O. et A. (44. 7.) l. 2. pr. und l. 22. pr. de exceptionib. (44. 1.)

32) l. 9. §. 3. quod metus causa. (4. 2.)

numeratio non est secuta, aut *perfecta*, si post stipulationem et numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium perficeret. Et *Pomponius* scribit: in *negotiis* quidem *perfectis et exceptionem interdum, et actionem* competere [33]), in *imperfectis* autem *solam exceptionem.*

Pomponius war also der Ansicht, daß, wenn in Folge des Zwanges eine Leistung schon erfolgt sey, dem Gezwungenen neben der Klage zuweilen auch eine exceptio zustehe; wenn aber eine Leistung noch nicht erfolgt sey, immer nur eine exceptio. Da, wo bei schon eingetretener Leistung Pomponius eine exceptio Statt finden lassen wollte, dachte er sich wohl solche Fälle, wo die Leistung nicht vollständig erfolgt war, oder das erzwungene Geschäft zu fortwährenden Leistungen verpflichtete, wo dann dem Gezwungenen natürlich die exceptio quod metus causa zustand, wenn er auf die rückständige Leistung belangt wurde, deren er sich sogar bedienen mußte, weil, wenn er in Folge des erzwungenen Geschäftes ungezwungen leistete, die actio quod metus causa auf Restitution des freiwillig Weggegebenen ihm abgesprochen wird [34]).

Dagegen tadelt Ulpianus den Pomponius wegen seiner letzteren Behauptung, indem er zeigt, daß es Fälle geben könne, wo dem Gezwungenen, auch ehe das Geschäft im Sinne des Pomponius zur Perfektion gediehen sey, neben der exceptio auch eine Klage zustehen könne:

Sed ex facto scio, quum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab imperatore nostro, posse eum a praetore in integrum restitutionem postulare et praetorem, me assidente in-

---

33) So trennt die Kriegel'sche mit den gewöhnlichen Ausgaben, während Beck das Comma nach exceptio setzt, was offenbar verkehrt ist. Es scheint aber ein Comma gar nicht eingeschoben werden zu dürfen, sondern „et exceptionem interdum et actionem" gelesen werden zu müssen, wofür auch der Schluß des §. spricht.

34) l. 2. C. de his quae vi. (2. 20.)

terlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive exceptione adversus petentes, non deesse exceptionem. Ex qua constitutione colligitur, ut, *sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur.*

Aber gerade hieraus erhellet wieder die Richtigkeit der oben aufgestellten Regel, indem hier die Klage nur auf Herausgabe der erzwungenen Schuldverschreibung, die exceptio aber zum Schutze gegen die Klage auf Zahlung gegeben wird, der Fall also ein ähnlicher ist wie oben, wo eine theilweise Leistung Statt gefunden hatte. Daß aber in solchen Fällen die Klage und Einrede ganz unabhängig von einander seyen, und daß demnach nach verjährter Klage die daneben bestehende Einrede fortdauere, versteht sich ganz von selbst; da diese auf etwas ganz Anderes gerichtet ist, als die Klage, also weder gesagt werden kann daß nach verjährter Klage der früher mit der Klage zu verfolgende Anspruch noch mit einer exceptio geltend gemacht werden könne, in Folge der mißverstandenen Regel: quae ad agendum sunt temporaria ad excipiendum sunt perpetua, noch auch umgekehrt die von den Vertheidigern der Erlöschung des Rechtes selbst aufgestellte Regel, daß da, wo auf einen Anspruch zugleich Klage und Einrede dem Berechtigten zuständen, mit der Verjährung jener auch diese hinwegfalle, Anwendung leidet. Hiernach wird nun in allen Stellen zu entscheiden seyn, wo gesagt wird, daß dem Berechtigten eine actio und daneben auch eine exceptio perpetua zustehe [35]; denn diese können immer nur den Sinn

35) l. 10. §. 1. de pactis. (2. 14.). l. 31. sub fine de receptis. (4. 8.) l. 44. §. 1. fam. herciscundae. (10. 2.) l. 25. l. 28. §. 10. l. 39 u. 40. de jurejur. (12. 2.). Hierher gehören auch die Fälle, wo man indebite Etwas versprochen hat; denn hier kann man mit der condictio indebiti auf Liberirung klagen, sich aber auch gegen die Klage auf Leistung des indebite Versprochenen der exceptio indebiti bedienen, welche beide von einander unabhängig sind. l. 31. D. de cond. indeb. (12. 6.) l. 3. C. eod. (4. 5.) l. 20. ad Sctum Macedon. (14. 6.). Aus dem dolus wird dagegen, re adhuc imperfecta, immer n u r eine exceptio gegeben. l. 1. §. 4. l. 40. de dolo malo. (4. 3.)

haben, daß in den Fällen, wo dem Berechtigten, wenn sich seine Lage dazu eignete, eine Klage zustehen würde, ihm, soweit sich seine Lage noch nicht zur Klage eignet, was entweder noch durchaus oder nur in bestimmter Beziehung Statt hat, eine exceptio gegeben werde [36]. Immer ist also so viel gewiß, daß die Lage des Berechtigten sich in concreto niemals gleichzeitig aus demselben Grunde zu einer actio und zu einer exceptio, welche auf denselben Gegenstand gerichtet wären, eignen könne; denn soweit sich seine Lage zur Klage eignet, soweit eignet sie sich nicht zu einer exceptio und umgekehrt; weßhalb auch die Frage gar nicht aufgeworfen werden kann, ob mit der Verjährung der Klage auch die aus demselben Grunde entspringende und auf dieselbe Intention gerichtete exceptio verjährt sey; — denn dieß würde juristisch gar keinen Sinn haben — sondern es kann nur gefragt werden, ob, so wie die Klage der Verjährung unterworfen seyn würde, wenn eine solche vorhanden wäre, nun auch die exceptio, welche eben nur vorhanden ist, der Verjährung unterworfen sey, und dieß muß aus dem von Paulus in l. 5. §. 6. cit. angeführten Grunde geläugnet werden.

Dem zuletzt Gesagten scheinen indessen zu widersprechen l. 30. §. 6. de peculio (15. 1.) und l. 9. §. 4. de jurejur. (12. 2.); Stellen, auf welche sich jedoch die Gegner nicht berufen können, weil in denselben eine Verjährung der Einreden in derselben Zeit, in welcher die Klage verjährt seyn würde, angenommen zu werden scheint. In der ersteren Stelle sagt nämlich Ulpianus, daß auch die exceptio doli, nach Ablauf der für die actio de dolo bestimmten Zeit, nicht mehr gegeben werde. Man muß sich aber hier nur erinnern, daß die Berufung auf den dolus bei den Römern sehr verhaßt und deßhalb auch die actio de dolo auf kurze Zeit beschränkt war [37], was Ulpianus nun auch für den Fall annimmt,

36) l. 1. §. 3. de eo per quem factum erit. (2. 10.) l. 25. l. 40. de dolo. (4. 3.) l. 28. §. 5. ex quibus causis majores. (4. 6.)

37) Ursprünglich auf einen annus utilis, nach Constantin auf ein

wo Jemand nicht in der Lage war, sich der actio de dolo bedienen zu können, sondern blos der exceptio doli. Dadurch will er aber nicht läugnen, daß der Verklagte sich noch auf andere Art, nämlich durch die exceptio in factum schützen könne; denn die Einrede aus dem dolosen Geschäfte ist eben so unverjährbar, wie die übrigen, nur soll sie als exceptio doli blos zwei Jahre, hernach aber nur als exceptio in factum vorgeschützt werden können [38], gerade so wie die actio de dolo auch nur zwei Jahre lang dauert, in factum concepta aber perpetua ist [39].

Noch weniger Schwierigkeit macht die zweite Stelle; denn dort ist nur davon die Rede, daß man nach Ablauf der für das Restitutions-Gesuch gesetzlich bestimmten Zeit, wie sich schon von selbst versteht, auch replicando nicht mehr Restitution erlangen könne [40]. Zwar gebraucht Ulpian am Ende der Stelle den Ausdruck exceptio, aber dieser steht, wie aus der Stelle offenbar erhellet, für replicatio, und kann auch dafür gebraucht werden, da ja eine replicatio nichts Anderes ist, als eine exceptio exceptioni opposita [41].

Die Richtigkeit des aufgestellten Prinzips wird sich nun, wenn wir uns zur Prüfung desselben an den einzelnen Rechtsverhältnissen, an welche die Gegner bei ihrer Behauptung vorzugsweise gedacht haben, wenden, um so deutlicher ergeben, und es wird sich zeigen, daß die von den Gegnern für ihre

biennium continuum. l. un. Cod. Theod. de dolo. (2. 15.) l. 8. Cod. Just. eod.

38) l. 4. §. 16. de doli mali except. (44. 4.) vergl. mit l. 5. §. 6. eod.

39) l. 28. de dolo malo. (4. 3.)

40) Dieß wird freilich von allen verjährten Klagen aus Forderungsrechten gelten müssen, so daß ein verjährtes Klagerecht auch nicht mehr zur replicatio gebraucht werden kann, und zwar aus dem Grunde, weil eben nach verjährter Klage aus einem Forderungsrechte das letztere völlig erloschen ist, also auch nicht noch eine exceptio oder replicatio begründen kann.

41) l. 2. §. 1. l. 22. §. 1. de exceptionibus. (44. 1.)

Behauptung angeführten Stellen nicht nur nicht das sagen, was jene darin haben finden wollen, sondern vollkommen den oben aufgestellten Grundsätzen entsprechen. Betrachten wir daher:

1) den Fall der Compensation, so ist hier zwar so viel gewiß, daß derjenige, der einen auf vertretbare Sachen gerichteten Anspruch hat, den er klagend verfolgen kann, diesen auch zur Compensation gebrauchen könne. Allein letztere beruht auf einem besonderen Grunde, nämlich auf dem Zusammentreffen mit einer auf gleichartige Gegenstände gerichteten, zur Compensation sich eignenden, Gegenforderung des Gegners. Nun unterliegt es keinem Zweifel, daß, wenn dieses Zusammentreffen vor dem Ablaufe der Verjährungszeit eintrat, das Berufen auf die geschehene Compensation auch nach dem Ablaufe der Verjährungszeit eben so zulässig sey, wie das Berufen auf Zahlung, da ja in dem Augenblicke, wo die gegenseitigen Forderungen zur Compensation sich eignen, diese von selbst (ipso jure) eintritt. Hat ein solches Zusammentreffen aber nicht vor dem Ablaufe der Verjährungszeit Statt gefunden, sondern erwirbt der, gegen den die verjährte Klage gerichtet war, erst nach dem Ablaufe der Verjährungszeit eine Forderung gegen seinen früheren Gläubiger, so kann nun nicht geschlossen werden, daß, weil wenn dieß schon vor verjährter Klage des letzteren eingetreten wäre, dieser auf Compensation sich hätte berufen können, dasselbe auch jetzt noch Statt finden müsse; denn dieß wäre eine petitio principii, da es sich eben danach fragt, ob nach verjährter Klage aus einem Forderungsrechte überhaupt noch ein Anspruch übrig bleibe [42].

---

42) So schon Sommer a. a. O. §. 2. Dagegen kann ich demselben darin nicht beistimmen, daß hier die Verjährung des Rechtes gar nicht in Betracht komme; denn dieß ist allerdings der Fall. Zahlt z. B. derjenige, der sich auf die schon vor dem Ablaufe der Verjährungsfrist eingetretene Compensation berufen konnte, wissentlich, so kann er die Klage aus der verjährten Forderung nicht mehr anstellen, wie dieß doch der Fall seyn würde, wenn dieselbe nicht verjährt wäre, l. 1. §. 4. de contr. tut. et utili

2) Bei den aus dem dolus und der metus entspringenden Klagen und Einreden tritt ganz die obige Regel ein, daß nämlich der Betrogene oder Gezwungene niemals gleichzeitig dieselbe Intention mit einer actio und exceptio verfolgen könne. Soweit sich daher die Lage desselben blos zur exceptio doli oder quod metus causa eignet, kann wieder von einer Verjährung derselben nicht die Rede seyn; und dieß ist es, was Paulus in l. 5. §. 6. de doli mali exceptione sagt, und nur in diesem Sinne ist die Regel: quae ad agendum sunt temporaria, ad excipiendum sunt perpetua, richtig. Eignete sich dagegen die Lage desselben blos zur Klage, so kann der Fall eintreten, daß er nachher wieder in die Lage versetzt wird, sich einer exceptio bedienen zu können, z. B. er kömmt wieder in den Besitz der in Folge des dolus oder der metus weggegebenen Gegenstände. Hier konnte er sich nach früherem Rechte immer durch die Berufung auf den dolus oder die metus schützen, ohne Rücksicht auf die Zeit, zu welcher er in jene Lage gekommen war. Zwar war die actio de dolo eine temporaria, aber in factum concipirt konnte sie in perpetuum angestellt werden, und die actio quod metus causa war, auf das simplum gerichtet, immer perpetua [43]. Ganz dieselben Grundsätze kamen bei dem interdictum unde vi zur Anwendung. Auch hier mußte sich der dejectus, wenn er später wieder in den Besitz der Sache gelangte, in perpetuum gegen den klagenden Dejicienten auf die gewaltsame Besitzentsetzung berufen dürfen, ohne Unterschied, ob er schon vor dem Ablaufe der Verjährungszeit des interdictum unde vi, oder erst nachher in den Besitz gekommen war; denn in factum konnte auch das interdictum unde vi, soweit nämlich der Dejicient durch die vis bereichert war, in perpetuum angestellt werden [44]. Diese Grundsätze

act. (27. 4.); zahlt er dagegen irrthümlich, so kann er noch die condictio indebiti anstellen. l. 10. §. 1. de compensat. (16. 2.) l. 5. §. 2. de impensis. (25. 1.)

43) l. 14. §. 1. quod metus causa. (4. 2.)

44) l. 1. pr. de vi et vi armata. (43. 16.) l. 7. §. 3 — 5. comm. divid. (10. 3.)

werden denn auch von Diocletianus und Maximianus in l. 5. C. de exceptionibus (8. 36.) anerkannt, wo dieselben rescribiren:

Licet unde vi interdictum intra annum locum habeat, tamen *exceptione perpetua* succurri ei, qui, per vim expulsus, post retinuit possessionem, auctoritate juris manifestatur.

Diese Stelle enthält also gar nichts Singuläres, wie von Löhr a. a. O. S. 81. glaubt [45]), sondern harmonirt vollkommen mit sonst anerkannten Rechtssätzen, und es ist nur auffallend, wie die Gegner diese Stelle zum Belege ihrer irrigen Behauptung haben aufführen mögen. Sie sind dazu nur dadurch verleitet worden, daß sie das „post retinuit possessionem" so verstanden, als ob die Kaiser gerade den Fall vor Augen gehabt hätten, wo erst nach Ablauf des für das interdictum unde vi bestimmten annus utilis der dejectus den Besitz wieder erlangt habe, ohne dabei zu bedenken, daß, selbst wenn man diese Erklärung annimmt, was jedoch keineswegs nothwendig ist, da das „post" auch überhaupt auf die Zeit nach der Dejektion gehen kann, für ihre Theorie doch Nichts gewonnen sey, weil auch nach Ablauf jenes annus utilis immer noch in id quod locupletior factus erat adversarius geklagt werden konnte.

---

45) Allerdings ist in der l. 5. C. cit. nicht gesagt, daß die exceptio perpetua, welche dem dejectus zustehen soll, die exceptio unde vi sey, so wenig, als man behaupten kann, daß die dem Betrogenen oder Gezwungenen, wenn er nachher wieder in den Besitz der in Folge des Betrugs oder des Zwanges weggegebenen Gegenstände gekommen ist, zustehende exceptio die exceptio doli (specialis) oder quod metus causa sey, sondern es ist dieselbe die allgemeine exceptio doli (generalis) oder auch eine besonders benannte exceptio; allein die derselben zu Grunde liegende Unbilligkeit erhellet doch immer erst aus dem dem Betrogenen oder Gezwungenen zustehenden Anspruche aus dem vorausgegangenen dolus oder der vorausgegangenen metus oder vis.

Nachdem aber durch Theodos auch für die früheren actiones perpetuae eine 30jährige Dauer bestimmt worden ist, und es sich nun fragt, welche Wirkungen die Verjährung der Klage mit sich führe, wird allerdings von dem Unterschiede, ob der Betrogene oder Gezwungene schon vor Ablauf der für die Klage aus dem dolus oder der metus und vis bestimmten Zeit wieder in den Besitz der weggegebenen Gegenstände gekommen ist, oder erst nachher, Etwas abhängen. Ist nämlich der Betrogene oder Gezwungene schon vor Ablauf der Verjährungszeit seiner Klage, die in den angegebenen Fällen für die vorliegende Frage immer erst die 30= oder 40jährige seyn kann, wieder in Besitz der durch Betrug oder Zwang ihm abhanden gekommenen Sachen gelangt, so wird er sich auch nach abgelaufener Verjährungszeit der actio de dolo und quod metus causa oder des interdictum unde vi, gegen die Klage auf Herausgabe jener Gegenstände, immer noch durch die Berufung auf den dolus oder die vis schützen können; zwar nicht so, als ob ihm jetzt noch ein Anspruch aus dem dolus oder der vis zustehe, sondern so, daß ihm zu der Zeit, als er den Besitz wieder erlangt, ein solcher Anspruch zugestanden habe. Er beruft sich darauf, daß die Intention, die er früher klagend hätte verfolgen können, durch die Wiedererlangung des Besitzes vor abgelaufener Verjährungszeit der Klage erfüllt worden sey, er also insoweit nicht nöthig gehabt habe zu klagen und auch nicht habe klagen können [46]. Daraus folgt aber wieder keines=

46) Für diese Unterscheidung spricht die Natur der Sache, obschon sich dafür, aus leicht begreiflichen Gründen, keine Gesetzesstellen anführen lassen. Indessen hat man dieselbe seither übersehen, und angenommen, daß nach verjährter Klage das frühere Rechtsverhältniß schlechthin nicht mehr zu einer exceptio benutzt werden könne, und zwar verleitet durch eine falsche Anwendung der Regel: daß da, wo ein Recht zugleich durch Klage und Einrede geltend gemacht werden könne, mit der Verjährung der Klage auch die daneben bestandene Einrede hinwegfalle. In diesem Sinne ist aber die Regel nur etwa wahr bei den judiciis contrariis, leidet also keine Anwendung auf die exceptiones perpetuae,

wegs, daß dieß auch der Fall sey, wenn er erst nach Ablauf jener Verjährungszeit wieder in den Besitz gekommen ist; denn ist durch die Verjährung der Klage sein ganzes Recht erloschen, so kann er natürlicher Weise auch nicht behaupten, daß ihm jetzt noch ein Anspruch aus demselben zustehe, und die Gegner, die hier jenen Schluß machen, verfallen offenbar wieder in eine petitio principii. Was ferner

3) die judicia contraria betrifft, so können hier nur noch die Fälle in Betracht kommen, wo die Lage des zur actio contraria Berechtigten sich nicht zur Compensation, sondern blos zur Retention im engern Sinne eignet; denn für jene Fälle muß natürlich ganz dasselbe gelten, was oben unter 1. von der Compensation überhaupt bemerkt wurde. Aber auch in dieser Beschränkung sind hier zuerst die Fälle zu removiren, wo dem zur actio contraria Berechtigten, nach gesetzlicher Vorschrift, ein Retentionsrecht schlechthin nicht zustehen soll, wie dieß der Fall ist bei dem Depositar [47]) und dem Ehemann rücksichtlich der impensae dotales, soweit diese utiles sind [48]), wo also der Berechtigte seinen Anspruch immer nur durch eine Klage verfolgen, mithin auch die Frage gar nicht entstehen kann, ob nicht nach verjährter Klage noch ein Retentionsrecht übrig bleibe [49]). Betrachtet man aber diejenigen Fälle, wo sich seine Lage wenigstens, nach gesetzlich zugelassener aequitas, zur Retention eignen kann, so sind auch hier wieder mehrere Fälle zu sondern:

---

weil, wie gezeigt, niemals eine solche Einrede gleichzeitig aus demselben Grunde und auf denselben Gegenstand wie die Klage gerichtet mit dieser zusammentreffen kann.

47) l. 11. pr. C. depositi. (4. 34.) l. 14. §. 1. C. de compens. (4. 31.)

48) l. unica §. 5. C. de rei uxor. act. (5. 13.)

49) In diesen Fällen würde, wollte man das Fortbestehen einer obligatio naturalis nach verjährter Klage annehmen, diese eine ganz besondere Natur haben, nämlich zwar nicht zur exceptio, wohl aber zur Intercession und Novation gebraucht werden können.

a) Zunächst kann auch hier der Fall der Art seyn, daß die Lage des zur actio contraria Berechtigten sich niemals zur Retention eignete, wie dieß überall da eintreten muß, wo er bei Führung der fremden Geschäfte Auslagen gehabt hat, aber in Folge der Geschäftsführung Nichts an ihn gekommen ist, woran er ein Retentionsrecht ausüben könnte. Auch hier hat er zur Verfolgung seiner Ansprüche wieder nur eine Klage, und läßt er diese verjähren, so kann gleichfalls von dem Zurückbleiben eines ihm schon früher zugestandenen Retentionsrechtes nicht die Rede seyn. Ist aber auch

b) der Fall der Art, daß entweder nach der Natur des Kontrakts oder doch in Folge seiner Geschäftsführung Etwas an ihn gekommen ist, woran er ein Retentionsrecht ausüben kann, so hat er entweder:

α) das an ihn Gekommene schon herausgegeben, dann hat er wieder nur eine Klage [50]; oder:

β) er befindet sich noch im Besitze solcher Gegenstände, woran ihm ein Retentionsrecht zusteht. Nur hier kann die Frage entstehen, ob er sich auch nach verjährter Klage aus seinem Anspruche noch des Retentionsrechtes bedienen könne, wie er dieß gekonnt hätte, wäre er früher auf Herausgabe belangt worden. Daß ein solcher Schluß wieder eine petitio principii enthalten würde, erhellet von selbst; denn das Retentionsrecht setzet voraus, daß derjenige, der sich desselben bedienen will, zu dieser Zeit noch einen rechtlichen Anspruch habe; weßhalb auch hier wieder Alles von der Beantwortung der Frage abhängt, ob nach verjährter Klage noch eine obligatio naturalis übrig bleibe, oder ob durch die Verjährung das ganze Recht erlösche. Ist letzteres der Fall, so kann natürlich ein verjährtes Forderungsrecht auch nicht mehr zur Retention gebraucht werden. Was endlich

4) die in integrum restitutio betrifft, so haben auch hier unsere Rechtslehrer verschiedene Ansichten befolgt über die Frage,

---

50) l. 30. de cond. indebiti (12. 6.) l. 18. §. 4. commodati (13. 6.) l. 8. pr. de pignerat. act. (13. 7.)

ob man, wenn man Restitution gegen den Verlust einer exceptio nachsuche, ebenfalls an das quadrienium restitutionis gebunden sey. Viele [51]) haben hier wieder in Folge einer schiefen Anwendung der Regel: quae ad agendum sunt temporaria ad excipiendum sunt perpetua, behauptet, daß die Restitution, wenn sie gegen den Verlust einer exceptio oder duplicatio nachgesucht werde, an keine Frist gebunden sey; wenn sie dagegen auf Wiedererlangung einer verlornen replicatio gerichtet sey, müsse die Nachsuchung binnen derselben Zeit geschehen, binnen welcher sie gegen den Verlust einer Klage geschehen müsse, wie letzteres in der schon oben angeführten l. 9. §. 4. de jurejur. (12. 2.) ausdrücklich gesagt sey [52]). Es ist aber ganz verkehrt zu behaupten, daß die Restitutions-Verjährung sich nicht auf verlorne Einreden beziehe, und zwar aus dem ganz einfachen Grunde, weil das Restitutions-Gesuch ganz unabhängig ist von dem Rechtsmittel, welches man durch dasselbe wieder erlangen will, man also mit demselben bei einer verlornen exceptio eben so wenig zu warten braucht, bis der Gegner die Klage, gegen welche jene exceptio zustand, anstellt, als man mit dem Restitutions-Gesuche auf

---

51) Glück Commentar. Bd. V. §. 439. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des Civilrechts. 4te Aufl. Bd. III. §. 554. Mackeldey Lehrbuch des heut. Röm. Rechts. 9te Aufl. §. 744.

52) In der l. 9. §. 4. cit. behandelt *Ulpianus* lib. XXII. ad edictum folgenden Fall: Si minor viginti quinque annis detulerit et hoc ipso captum se dicat, adversus exceptionem jurisjurandi replicari id debebit, ut Pomponius ait. Ego autem puto, hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum praetorem debere cognoscere an captus sit? et sic in integrum restituere; nec enim utique quod minor est, statim et circumscriptum se docuit. *Praeterea exceptio ista sive cognitio statutum tempus post annum vicesimum quintum non debet egredi.* Ueber die Erklärung dieser Stelle vergl. man Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831. §. 24. S. 448 — 450.

Wiederherstellung eines verlornen bedingten oder betagten Klagerechtes den Eintritt der Bedingung oder des dies abzuwarten braucht. Mag man also Restitution gegen den Verlust einer Klage oder einer Einrede nachsuchen, so muß dieß stets vor Ablauf der für die Ertheilung der Restitution festgesetzten Zeit geschehen [53].

Durch die bisherige Untersuchung dürfte so viel klar geworden seyn, daß das erste Haupt-Argument der Gegner nicht nur Nichts für die behauptete Fortdauer einer exceptio nach verjährtem Klagerechte beweise, sondern vielmehr eine reine petitio principii enthalte, indem die Annahme, daß ein verjährtes Klagerecht noch eine exceptio begründe, allererst den Beweis voraussetzt, daß nach verjährter Klage aus einem Forderungsrechte noch eine naturalis obligatio bestehen bleibe. Es ist daher jetzt noch zu untersuchen, ob die Gegner diesen Beweis durch die anderweiten von ihnen angeführten Gründe erbracht haben. Was demnach

II. den zweiten, oder, nach der seitherigen Ausführung, einzigen Hauptgrund der Gegner betrifft, so ist es allerdings richtig, daß durch die Verjährung das Klagerecht nicht ipso jure, sondern nur ope exceptionis erlösche [54]. Es ist aber die aus der Verjährung entspringende exceptio eine perpetua,

---

53) Daß die Restitution, auch wenn sie auf Wiedererlangung einer verlornen exceptio oder duplicatio gerichtet ist, an die gesetzliche Frist gebunden sey, haben unter den Neueren, namentlich Sommer Rechtswissenschaftliche Abhandlungen. I. §. 13 u. 14. Unterholzner Verjährungslehre. Bd. II. §. 158. und Pfeiffer prakt. Ausführungen. Bd. III. S. 73 — 83, jedoch aus dem, in der von ihnen angenommenen Anwendbarkeit, unrichtigen Grunde, daß diejenigen Einreden, welche auch klagend könnten geltend gemacht werden, der Verjährung unterworfen seyen, vertheidigt. Den richtigen oben angegebenen Gesichtspunkt hat erst Burchardi a. a. O. §. 26. S. 496 — 499. aufgestellt.

54) l. 1 u. 5. Si ingenuus esse dicetur. (40. 14.) l. 7. §. 2 — 4. C. de praescr. xxx vel xl ann. (7. 39.) l. 8. §. 1 u. 4. l. 9. C. eod. l. 1. §. 2. C. de annali except. (7. 40.) l. 30. C. de jure dotium. (5. 12.)

und die Wirkung einer exceptio perpetua besteht in der Regel in der völligen Unwirksamkeit des gegenüberstehenden Forderungsrechtes, so daß es rücksichtlich des Erfolges gleichviel ist, ob Jemand schon nach der Regel des Rechtes keine Klage hat, oder ob diese per exceptionem unwirksam gemacht wird:

nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur [55]).

Deßhalb wird die obligatio, welcher eine exceptio perpetua gegenübersteht, „inanis" [56]) oder quasi nulla [57]) genannt. Darum heißt es:

creditor autem is est, qui exceptione perpetua submoveri non potest. [58])

und eine solche obligatio kann nicht zur Compensation gebraucht werden [59]), eignet sich nicht zur Novation und nicht zur Begründung accessorischer Verbindlichkeiten [60]). Eben deßhalb hört auch derjenige auf debitor zu seyn, welcher eine exceptio perpetua erworben hat [61]); ja er kann selbst das irrthümlich Gezahlte mit der condictio indebiti zurückfordern [62]); und

---

55) l. 112. de R. J. (50. 17.) l. 22. §. 8. ratam rem (46. 8.). Vergl. hierüber sowie über das Folgende von Löhr Archiv. Bd. X. S. 72—75. und Vermehren in Linde's Zeitschrift. Bd. II. Hft. 2. S. 321—328.

56) l. 8. §. 9. ad Sctum Vellej. (16. 1.) l. 95. §. 2. de solutionib. et liberat. (46. 3.) l. 8. de condict. ob turpem causam (12. 5.).

57) l. 25. de V. O. (45. 1.) l. 7. §. 8. de dolo malo. (4. 3.)

58) l. 55. vergl. mit l. 10. de V. S. (50. 16.) l. 13. de R. J. (50. 17.) l. 42. §. 1. de O. et A. (44. 7.) l. 7. §. 14. ex quib. causis in possessionem (42. 4.), vergl. mit l. 1. §. 5. ne vis fiat ei. (43. 4.)

59) l. 14. de compensat. (16. 2.) vergl. mit l. 14. pr. quod metus causa. (4. 2.)

60) l. 2. quae res pignori. (20. 3.) l. 3. §. 1. l. 5. §. 1. de constit. pec. (13. 5).

61) l. 66. de R. J. vergl. mit l. 108. de V. S. und l. 20. §. 3. de liberali causa (40. 12.) und l. 5. pr. quib. modis pignus. (20. 6.)

62) l. 26. §. 3 u. 7. l. 40. pr. de condict. indeb. (12. 6.) l. 40. de

deßhalb ist auch ein, auf Befreiung von einer solchen Verbindlichkeit gerichtetes, Legat ungiltig [63]), und Legate, rücksichtlich deren dem Erben eine exceptio perpetua zustand, werden ihm auf die Quart eingerechnet [64]).

Demnach ist es also Regel, daß ein Forderungs-Recht durch eine gegenüberstehende exceptio perpetua völlig entkräftet werde, so daß eine obligatio naturalis aus demselben nicht bestehen bleibt [65]). Nur ausnahmsweise kann der Fall

---

jurejur. (12. 2.) l. 42. eod. l. 78. §. 5. de jure dot. (23. 3.) l. 12. de novation. (46. 2.) l. 34. §. 11. de solutionib. et liberat. (46. 3.) l. 5. C. de pactis. (2. 3.)

63) l. 13. de liberatione legata. (34. 3.)

64) l. 50 u. 51. ad leg. Falcid. (35. 2.). Mit diesem Fall ist aber der andere nicht zu verwechseln, wo der Erblasser seinem Gläubiger das, was er ihm sub exceptione perpetua schuldete, vermacht; denn ein solches Legat ist giltig: quia remissa exceptio videtur. l. 28. pr. de leg. 1. vergl. mit l. 7. §. 2. de leg. 3. Auch hier dürfte sich eine Wirkung des Unterschiedes zwischen einer ipso jure und einer ope exceptionis ungiltigen obligatio zeigen. Gesetzt Cajus vermacht dem Titius das, was dieser an ihn zu fordern hat, ohne eine Summe anzugeben, und der Legatar kann nur eine obligatio ipso jure invalida nachweisen, so braucht der Erbe nicht zu zahlen; kann er aber eine obligatio nachweisen, gegen die dem Erblasser eine exceptio perpetua zustand, so muß der Erbe den Betrag auszahlen: remissa enim exceptio videtur.

65) Guyet a. a. O. S. 72 — 75, und auch Francke civilist. Abhandlungen. S. 69 — 73. wollen damit helfen, daß sie unterscheiden, ob die exceptio perpetua die Obligation selbst, oder nur die Klage aus derselben treffe; dort werde freilich das ganze Recht entkräftet, und hiervon seyen die obigen Stellen zu verstehen; wo dagegen die exceptio perpetua nur die Klage treffe, bleibe der Gläubiger ein Berechtigter. Dieß kann man zugeben, aber es ist damit gar Nichts gewonnen; denn nun fragt es sich ja wieder, wann denn die exceptio perpetua nur die Klage, nicht aber das Recht selbst, treffe, und diese Frage kann nur nach den im Texte angegebenen Grundsätzen entschieden werden. Wenn dabei Francke als Beispiel einer exceptio *in*

eintreten, daß eine obligatio, der eine exceptio perpetua gegenübersteht, noch die Wirkungen einer naturalis obligatio behalte. Dieß soll aber nur dann der Fall seyn, wenn die exceptio nicht in favorem debitoris, sondern in odium creditoris eingeführt worden ist. Ganz genau drückt sich hierüber aus *Marcianus* libro III. regularum:

Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum: nam si quidem ejus causa exceptio datur cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in Scto de intercessionibus: ubi vero in odium ejus, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur; veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit et, paterfamilias factus, solverit, solutum non repetit 66).

---

favorem debitoris introducta, durch welche derselbe nicht befreit werde, das s. g. beneficium competentiae anführt, so ist dieß unpassend; denn das benef. competentiae ist nicht gegen die Klage, sondern nur gegen die Condemnation — l. 3. pr. de pec. constit. (13. 5.) — und nur so lange gerichtet, als eben der darauf Anspruch machende noch egens ist; es ist daher eigentlich nur eine exceptio temporaria. Ganz unbegreiflich ist es aber, wie Gupet als Beispiel einer nur die Klage treffenden exceptio perpetua den Fall anführen konnte, wo Jemand gegen den Schenker auf Tradition der geschenkten Sache irrthümlich die Klage aus dem Kauffontrakte angestellt habe; denn wie in aller Welt kann man in diesem Falle sagen, der Verklagte müsse der Klage aus dem Kaufe eine exceptio perpetua entgegensetzen? Er muß litem negative contestiren; sollte er aber dabei zugeben, daß er die fragliche Sache geschenkt habe, so wäre dieß eine s. g. confessio qualificata, wodurch an der Sache selbst Nichts geändert würde.

66) l. 40. pr. de condict. indeb. (12. 6.). Man vergl. l. 19. und l. 51. eod. l. 9. §. 4 u. 5. l. 10. ad Sctum Macedon. (14. 6.) Ein anderes Beispiel einer exceptio perpetua in odium creditoris introducta findet sich in l. 3. §. 7. quod quisque juris in alt. (2. 2.). Außerdem ist mir keine Stelle bekannt, welche

Demnach wird man also überall da, wo die Gesetze dem Schuldner eine exceptio perpetua gestatten, wenn nicht dabei ausdrücklich bemerkt ist, oder aus sonstigen Gründen deutlich erhellet, daß der Gesetzgeber zunächst blos die Bestrafung des Gläubigers bezweckt habe, annehmen müssen, daß dieselbe in favorem debitoris eingeführt sey, und zwar um so mehr, als das Römische Recht die ausdrückliche Vorschrift enthält, daß im Zweifel für die Befreiung zu entscheiden sey. So sagt *Paulus* libro XIV. ad *Plautium:*

Arrianus ait: multum interesse, quaeras, utrum aliquis obligetur, an aliquis liberetur? Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum; ubi de liberando ex diverso ut facilior sis ad liberationem [67]).

Hieraus erhellet, wie durchaus verkehrt es ist, wenn Guyet [68]) umgekehrt zu dem Schlusse kömmt, daß man um so mehr die aus der Klagen-Verjährung entspringende exceptio perpetua für eine in odium creditoris introducta ansehen müsse, als nicht viele andere Fälle aufgefunden werden könnten, in welchen die Klage nur „in odium ejus cui debetur“ erlösche. Wir haben vielmehr, nach Obigem, hinreichenden Grund, einen sehr stringenten Beweis dafür zu verlangen, daß die praescriptio temporis in odium des Gläubigers eingeführt sey. Diesen Beweis wollen nun die Gegner hauptsächlich dadurch erbringen, daß sie behaupten, der Grund der Einführung der Klagen-Verjährung bestehe einzig und allein in der Bestrafung der Nachlässigkeit des Gläubigers, der seine Klage so lange Zeit hindurch nicht angestellt habe. Nun

---

ein solches enthielte; doch pflegen unsere Rechtslehrer, und wohl mit Recht, noch den Fall eines zum Spiele gegebenen Darlehns hierher zu zählen. Weber natürl. Verbindlichk. §. 76. Glück Comment. XI. §. 758. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des Civilrechts. 4te Aufl. Bd. II. §. 281. Note u.

67) l. 47. de O. et A. (44. 7.) vergl. mit l. 125. de R. J. (50. 17.)

68) A. a. O. S. 78.

ist zwar so viel gewiß, daß auf die Nachlässigkeit des Gläubigers bei der Klagen-Verjährung allerdings Rücksicht genommen wird und genommen werden mußte, wenn dieselbe nicht in Unbilligkeit und Härte gegen den Gläubiger ausarten sollte; allein falsch ist es, den Grund der Klagen-Verjährung in der Bestrafung dieser Nachlässigkeit finden zu wollen [69]). Zunächst wäre nämlich, wie Vermehren [70]) sehr richtig bemerkt, gar nicht abzusehen, wie hier der Gesichtspunkt einer Strafe hätte aufgefaßt werden können. Strafe kann nur da eintreten, wo Jemand einem gebietenden oder verbietenden Gesetze entgegen gehandelt hat. Wo aber ist dem Klageberechtigten geboten sein Klagerecht zu gebrauchen, oder verboten dasselbe nicht zu gebrauchen? Es steht ihm vielmehr völlig frei, sich desselben zu bedienen oder nicht zu bedienen, obgleich das letztere für ihn nachtheilig seyn kann, indem sein Schuldner etwa insolvent wird, oder die für die Anstellung der Klage gesetzlich bestimmte Zeit abläuft. Nachtheilig ist also freilich auch die exceptio temporis für den Gläubiger; allein dieß ist bei jeder exceptio perpetua der Fall, und wollte man deßhalb die exceptio temporis für in odium creditoris introducta ansehen, so müßte man dasselbe von jeder exceptio perpetua behaupten.

Nicht also die Bestrafung des Gläubigers kann der Grund der Klagen-Verjährung seyn, sondern es muß dieser in etwas Anderem liegen, wie dieß auch aus unsern Quellen auf das Bestimmteste nachgewiesen werden kann. Hiernach ist nämlich der Grund der Klagen-Verjährung kein anderer, als der der Verjährung überhaupt, in seiner besonderen Anwendung auf den vorliegenden Fall. Bekanntlich wird aber der **Grund**

69) Rücksichtlich der Temporalklagen gibt Guyet a. a. O. S. 66. zu, daß nicht die desidia des Klägers der Grund der kurzen Dauer derselben gewesen sey; allein consequent hätte er auch hier jenen Grund annehmen müssen, da auch bei den Temporalklagen die desidia des Klägers in Betracht gezogen wird, l. 5. §. 6. de doli mali except. (44. 2.) l. 15. §. 3. l. 16. ex quib. causis majores. (4. 6.)

70) A. a. O. S. 334 u. 335.

der Verjährung in das öffentliche Beßte gesetzt, welches dabei interessirt sey, daß der Rechtsunsicherheit ein Ende gemacht werde. Schon Cicero in der Rede pro Caecin. c. 26. s. f. drückt sich darüber deutlich genug aus, indem er sagt, die usucapio sey finis solicitudinis et periculi litium. Aber auch die Römischen Juristen führen die Verjährung auf jenen Grund zurück, indem sie bemerken, die Usucapion sey eingeführt „ut aliquis litium finis esset" [71]), oder „minuendarum litium causa" [72]), oder „ne dominia rerum diutius in incerto essent" [73]). Zwar reden diese Stellen zunächst nur von der Usucapion, da aber diese die früheste und hauptsächlichste Art der Verjährung war, so wäre, selbst wenn wir jenen Grund für die Klagen-Verjährung in den Gesetzen nicht weiter angedeutet fänden, dennoch der Schluß, daß derselbe auch der Klagenverjährung unterliege, wenigstens so lange gerechtfertigt, bis für diese ein anderer nachgewiesen wäre. Aber wir finden auch jenen Grund der Verjährung überhaupt noch ausdrücklich auf die Klagen-Verjährung angewendet. Klar spricht sich hierüber Valentinian III. aus [74]), und eben so klar weist auf jenen Grund hin Justinian bei

71) l. 5. pro suo. (41. 10)

72) l. 2. pr. de aqua et aqua pluvia. (39. 3.)

73) *Gajus* Comm. II. §. 4. vergl. mit l. 1. de usurpat. (41. 3.) *Theophilus* ad pr. J. de usucap. (2. 6.)

74) Nov. *Valentin.* III. tit. 27. Nov. 1. pr. „. . . Quis ferat, institui jurgia, quae avi ac proavi nescierunt? quae alia improbum litigatorem tam valida defensio submovebit, si possessorem nec saecula in infinitum transacta defendunt?" §. 3. eod. Ad quam benevolentiam praecipue nos hortata est lex domini patris clementiae meae, Theodosii perennis Augusti, qua, virtutum suarum morem secutus, humano generi profunda quiete prospexit, constituens, post xxx annos nulla penitus jurgia, quae medio tempore mota non fuerunt, excitari rel. cf. §. 4. ejusdem Nov. et tit. 35. Nov. 1. §. 13 u. 14.

75) Nov. 9. praef.

Aufhebung der für die Klagen der Kirchen von ihm früher angeordneten 100jährigen Dauer [75]), indem er bemerkt:

Quod medicamenta morbis hoc exhibent jura negotiis. Unde consequitur, ut nonnunquam a judicio discordet effectus, et quod credebat conjectura prodesse, experimento inveniatur inutile. Probat igitur hoc praesentis etiam necessitas sanctionis, in qua privilegium ex religioso proposito sacrosanctis ecclesiis dei et monasteriis aliisque religiosis locis constitutione nostra nuper indultum, necessaria correctione distinguimus. Dudum siquidem jusseramus ad centum illis annos exceptionis propagari curricula, per cujus licentiam sanctionis negotia quidem multa commota sunt et velut antiquorum vulnerum obductae patuerunt iterum cicatrices: *sed eorum sanitas provenire non potuit, probationum scilicet difficultatibus impedita:* quoniam *per tantum saeculi magis quam temporis spatium, nec documentis integritas, nec actis fides, nec aetas valet testibus suffragari* [76]).

Die Abschneidung der Prozesse also, die bei längerer Dauer der Klagen wegen erschwerter oder ganz unmöglich gewordener Beweisführung kein sicheres Resultat gewähren, sondern nur zu unendlichen Chikanen führen würden, ist der eigentliche Grund der Klagen-Verjährung, so daß dieselbe insofern, wenigstens mittelbar, selbst das Beßte des Gläubigers herbeiführt, indem sie diesen veranlassen soll, seinen Anspruch zu einer Zeit geltend zu machen, wo seine Beweismittel noch vollständig vorhanden sind [77].)

---

76) Nov. 111. praef.

77) Guyet a. a. O. S. 71 u. 72. kann zwar nicht läugnen, daß der obige Grund der Klagenverjährung von Valentinian III. angegeben werde, will aber darauf nur historischen Werth legen, und denselben im Justinianischen Rechte nicht anerkennen. Dem widerstreiten aber alle Interpretations-Regeln, besonders hier, wo es sich gerade um den Grund der Einführung der Klagen-Verjährung handelt, sowie auch Justinian's Verordnung in Nov. 111. cit.; und wenn Guyet letztere durch die Be-

Die Richtigkeit dieses Gesichtspunktes wird dann auch noch durch andere kaiserliche Verordnungen, die von der Klagen-Verjährung handeln, bestättigt. So gibt Anastas als Grund seiner Bestimmung, daß in den Fällen, wo sich Jemand der durch Theodos eingeführten 30jährigen Verjährung „excogitata interpretatione" zu entziehen suchen sollte, doch das spatium XL annorum nicht überschritten werden solle, an: „omnes nocendi quibuslibet modis artes omnibus amputantes" rel. [78]) und Justin setzt den Grund seiner Verordnung, daß die dingliche Pfandklage selbst gegen den Verpfänder nur 40 Jahre dauern solle, in die sonst stets vorhandene Unsicherheit des Besitzers: „ne possessores ejusmodi prope immortali timore teneantur" [79]).

Zugleich zeigen auch die steten Beziehungen auf den Verklagten hinlänglich, daß nicht die Strafe des Gläubigers, sondern der dem Schuldner gegen solche veraltete Ansprüche zu gewährende Schutz, der Zweck der Klagen-Verjährung sey, und die Kaiser wissen sich hier nicht umfassend genug auszudrücken. Es soll der Verklagte nach Ablauf der Verjährungszeit „liber et praesentis saluberrimae legis plenissima munitione securus" [80]) seyn, und wiederholt ist von einem

---

merkung zu entfernen suchen will, daß Justinian nicht von der Verjährung überhaupt, sondern nur von dem Verhältnisse der 100jährigen zu der gewöhnlichen Verjährung spreche, und stillschweigend anerkenne, daß bei der letzteren der gedachte Nachtheil nicht vorkommen werde, so ist diese Bemerkung zwar richtig, allein es erhellet doch daraus, daß Justinian eine längere als die 30- oder 40jährige Dauer der Klagen aus dem Grunde nicht zulassen will, weil sonst die angegebenen Nachtheile eintreten würden; mithin erkennt er geradezu den oben angegebenen Grund der Beschränkung der Klagen auf 30 oder 40 Jahre an. Vergl. auch Vermehren a. a. O. S. 350. in der Note.

78) l. 4. C. de praescr. XXX vel XL ann. (7. 39.)

79) l. 7. C. eod.

80) l. 4. C. sub fine cit. (7. 39.)

auxilium oder praesidium exceptionis XXX vel XL annorum die Rede [81]).

Endlich spricht auch noch gegen die Annahme, daß der Grund der Klagen-Verjährung in der Bestrafung der Nachlässigkeit des Gläubigers bestehe, der Umstand, daß die 30- oder 40jährige Verjährung nicht durch faktische Hindernisse, bei welchen doch dem Kläger zunächst Nichts zur Last fällt, unterbrochen werden, ja daß sie selbst solchen Personen laufen soll, die sonst im Rechte regelmäßig begünstigt sind, wie Minorenne, Soldaten und Frauenzimmer, indem nur das unmündige Alter hiervon eine Ausnahme machen soll [82]).

81) l. 6. l. 8. §. 1. C. eod. Vergl. l. 4. pr. C. sub fine eod. Vermehren a. a. O. S. 329.

82) l. 3. C. h. t. (7. 39.) verbis: „non *sexus fragilitate*, *non absentia*, *non militia* contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat (quamvis sub tutoris defensione consistat) huic eximenda sanctione. Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad solicitudinem pertinent curatoris necessario eis, similiter ut aliis, annorum triginta intervalla servanda sunt." Man pflegt wohl noch als weiteren Grund anzuführen, daß gegen den Ablauf der 30- oder 40jährigen Verjährung eine in integrum restitutio nicht Statt finde, eine Ansicht, die vorzüglich von Thibaut über Besitz und Verjährung §. 65 u. 73. und Unterholzner Verjährungslehre. Bd. I. §. 136 und 137. zu begründen gesucht worden ist. Da aber diese Frage wenigstens zweifelhaft ist, und für die entgegengesetzte Ansicht, daß auch gegen die 30- und 40jährige Verjährung Restitution zulässig sey, sehr wichtige Gründe streiten, wie besonders Burchardi Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. S. 135 — 138. vergl. mit S. 188 — 191. nachgewiesen hat, so durfte jene Ansicht nicht zur Begründung der völligen Erlöschung des Rechts durch die Verjährung gebraucht werden. Doch verdiente sie noch insofern hier eine besondere Erwähnung, als gerade durch dieselbe Thibaut zu der Annahme verleitet worden scheint, daß mit der 30- oder 40jährigen Verjährung das ganze Recht hinwegfalle, bei der Verjährung der Temporalklagen dagegen eine obligatio naturalis bestehen bleibe, weil eben gegen diese Verjährung Restitution Statt finde. Je-

Durch das bisher Gesagte dürfte so viel nachgewiesen seyn, daß der Grund der Klagen-Verjährung nicht in der Bestrafung der desidia des Gläubigers, sondern einzig und allein in der Herbeiführung eines gesicherten Rechtszustandes durch einen dem Verklagten gegen die Chikanen des Klägers zu gewährenden Schutz bestehe. Dabei kann und soll nun aber nicht in Abrede gestellt werden, und wurde auch schon oben zugegeben, daß auch die desidia und negligentia des Klägers von dem Gesetzgeber in Betracht gezogen worden sey; allein nicht so, daß, um dieselbe zu bestrafen, die Klagen-Verjährung eingeführt worden sey, sondern vielmehr nur so, daß er sich auf dieselbe zur Rechtfertigung des von ihm, zur Erreichung seines Zweckes, — der endlichen Entfernung des schwankenden Rechtszustands — gewählten Mittels, — des Verlustes der Klag-Befugniß nach so langer Zeit — beruft. Der Gesetzgeber sagt: Du Gläubiger kannst dich über den Verlust deiner Klage durch Verjährung auch gar nicht beschweren, da es ja bei dir stand, dein Recht zu verfolgen, du dir also am Ende den Verlust selbst zuzuschreiben hast, indem lediglich deine Nachlässigkeit jenen Nachtheil für dich bewirkt [83]). Aus dem hier angegebenen Gesichtspunkte erledigen sich nun auch alle Stellen, in welchen von der desidia und negligentia des Klägers die Rede ist. Ganz übereinstimmend mit demselben drückt sich schon

---

denfalls würde dieser Grund zu viel beweisen; denn auch gegen den Verlust der Servituten durch Nichtgebrauch, der dem Verluste des Forderungsrechtes durch Nichtgebrauch desselben, d. h. durch Nichtanstellung der Klage binnen der gesetzlichen Zeit, gleichsteht, findet in integrum restitutio Statt, und doch ist es ausgemacht, daß dadurch die Servitut selbst erlischt. Es wird sich jedoch unten zeigen, daß auch mit der Verjährung der Temporalklagen das ganze Recht erlischt, womit dann die Unterscheidung Thibaut's zusammenfällt.

83) Mit eben dem Rechte, mit welchem man die Bestrafung der Nachlässigkeit des Klägers als Grund der Klagen-Verjährung ansehen will, könnte man am Ende auch den Grund des s. g. jus eminens in die dem Berechtigten zu gewährende Entschädigung setzen.

Theodos bei der Einführung der Klagen=Verjährung aus, indem er bestimmt, daß, um demjenigen, welcher „fiducia perpetuitatis actionis suae" schon vor dieser Verordnung einen Zeitraum von 30 Jahren oder darüber habe verstreichen lassen, ohne seine Klage anzustellen, obgleich ein solcher immer ein nimis otiosus vel deses genannt werden könne, keinen Anlaß zu einer Beschwerde zu geben, einem solchen noch ein Zeitraum von 10 Jahren zur Verfolgung seines Rechtes offen stehen solle [84]. Ebenso rechtfertigt Justinian seine Verordnung, worin er dem Kläger, der, durch ein Hinderniß in der Person seines Gegners, von der Unterbrechung der Verjährung durch Anstelluug der Klage abgehalten war, Mittel an die Hand gibt, wodurch er sich gegen den ihm drohenden Nachtheil schützen könne, dadurch, daß er bemerkt, es müsse ein Unterschied Statt finden zwischen desides und vigilantes [85]; und seine fernere Verordnung, nach welcher die Anstellung der Klage, wenn sie auch in allgemeinen Ausdrücken und ohne Anführung einer bestimmten causa geschieht, doch zur Unterbrechung aller Klagansprüche hinreichen soll, worüber man eben Zweifel gehegt hatte, durch die Bemerkung, daß die exceptio temporis nur gegen desides homines et sui juris contemtores eingeführt sey, wozu ein solcher, der vor Gericht angebe, daß er gegen seinen Gegner berechtigt sey, nicht gehöre [86].

---

84) l. unica C. Theod. de act. certo temp. finiendis. (4. 14.) . . . Verum, *ne qua otioso nimis ac desidi querimonia relinquatur*, ei, qui se fiducia perpetuitatis actionem non movisse commemorat, decem post hanc legem annorum spatia continua superioribus addi praecipimus rel.

85) l. 2. C. de annali except. (7. 40.). Ut perfectius omnibus consulamus, et nemini absentia vel potentia, vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia, sancimus rel.

86) l. 3. C. de ann. except. (7. 40.) — — — *Cum contra desides homines et sui juris contemtores odiosae exceptiones oppositae*

Demnach besteht also der Grund der Klagen-Verjährung in der Herbeiführung des Prozeßfriedens, und die desidia des Klägers dient nur zur Rechtfertigung des vom Gesetzgeber zur Erreichung seines Zweckes gewählten Mittels.

Wenn sich nun aber die Gegner zur weiteren Unterstützung ihrer Behauptung, daß mit der Verjährung der Klage nicht das ganze Recht, sondern nur die Klage hinwegfalle, mithin die exceptio temporis nur die Klage, nicht aber das Recht selbst treffe, noch darauf berufen, daß in den von der Klagen-Verjährung handelnden kaiserlichen Constitutionen immer nur von dem durch die Verjährung bedingten Erlöschen der actio die Rede sey [87]), so ist dieß für unsere Frage eigentlich ganz ohne Bedeutung; denn noch ist es Niemand eingefallen, zu behaupten, daß mit der Verjährung der Klage, ohne Rücksicht auf das derselben zu Grunde liegende Recht, stets auch der Verlust des letzteren herbeigeführt werde. Sollten alle Rechte der 30- oder 40jährigen Verjährung der Klagen unterworfen seyn, so mußten sich auch die Gesetzgeber ganz allgemein ausdrücken, um alle Fälle zu umfassen, und dieß konnte nur dadurch geschehen, daß sie die überall gleichmäßig eintretende Wirkung, nämlich den Verlust der Klage, angaben, und es sodann den Rechtsverständigen überließen, die nach der verschiedenen Natur der einzelnen Rechte sich hieraus für diese ergebenden Folgerungen zu ziehen. Nun gibt es allerdings Rechte, bei denen die Klage nicht das ganze Recht umfaßt, und bei diesen kann demnach auch mit dem Hinwegfallen der Klage nicht das Recht selbst hinwegfallen. Sollten sich dagegen auf der andern Seite Rechte finden, bei denen eben das ganze Recht in der Klage bestände, so müßten wir eben deßhalb da, wo diese Klage hinweggefallen ist, auch die Erlöschung des Rechtes selbst, welches ja eben nur in der Klage bestand,

---

sunt. Odiosa exceptio ist hier nicht eine in odium creditoris introducta, sondern nur eine für den Kläger weil nachtheilige, freilich auch gehässige.

87) Guyet a. a. O. S. 79—88. Francke a. a. O. S. 69—73.

folgern. Solche Rechte sind aber insbesondere die Forderungsrechte, wie dieß, nach der Natur dieser Rechte [88]) und den Aussprüchen unserer Quellen, gar nicht bezweifelt werden kann; denn diese gebrauchen den Ausdruck actio für ganz gleichbedeutend mit obligatio. So setzt **Ulpian** bei der Bestimmung des Begriffes der bona, wie er der bonorum possessio zu Grunde liegt, den corporibus die actiones entgegen, so daß die bona sowohl die corpora als die actiones umfassen, wo also actio offenbar für obligatio steht:

Ulpianus lib. XXXIX. ad edictum:

Bona autem hic (ut plerumque solemus dicere) ita accipienda sunt, universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque ejus rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, *sive in corporibus sunt, sive in actionibus:* in hoc loco proprie *bona* appellabuntur [89]).

Darum wird „*actio* restituitur" für gleichbedeutend gebraucht mit „*obligatio* restituitur" [90]), und darum sagt **Ulpian** für den Fall, wo die Frau interveniendo intercedirt hat: „datur *actio*, quae *instituit* magis quam restituit *obligationem*" [91]), und eben deßhalb wird durch die Ausdrücke „*denegatur, infirmatur, solvitur* oder *extinquitur actio*" die **Nichtigkeit** oder **Unwirksamkeit** des

88) **Mühlenbruch** die Lehre von der Cession der Forderungs-Rechte. 2te Aufl. Greifswald 1826. §. 2.

89) l. 3. pr. de bon. possessionib. (37. 1.) vergl. mit l. 49 u. 91. de V. S. l. 21. l. 14. §. 1. l. 10. eod. l. 1. §. 3. quando de peculio (15. 2.). l. 59. de leg. 3. (32.) l. 43. de usu legato. (33. 2.) l. 34. pr. de aur. leg. (34. 2.) Rubrica et lex unica Cod. ut *actiones* et ab heredibus et contra heredes incipiant. (4. 11.)

90) l. 8. §. 7—11. l. 24. §. 3. ad Sctum Vellej. (16. 3.) l. 14. vergl. mit l. 10. §. 22. quae in fraudem credit. (42. 8.)

91) l. 8. §. 14. ad Sctum Vellej. (16. 1.) vergl. mit l. 41. pr. und l. 46. de O. et A. (44. 7.) §. 1 u. 4. J. de obl. quae quasi ex contr. (4. 27.)

Forderungsrechtes selbst bezeichnet, einerlei, ob der Grund, weßhalb dieß der Fall ist, schon ursprünglich vorhanden war, oder erst später eintrat, und ob er ipso jure oder ope exceptionis wirkte [92]), wenn nicht ausnahmsweise die exceptio als in odium creditoris introducta, noch die Wirkungen einer naturalis obligatio bestehen läßt [93]).

Die hier beispielsweise angeführten Quellen-Zeugnisse werden genügen, um die obige Behauptung, daß das ganze Recht bei der obligatio in der Klage bestehe, sowie den daraus gezogenen Schluß, daß da, wo die Klage aus einer obligatio hinwegfalle, die obligatio selbst als vollständig erloschen betrachtet werden müsse, zu rechtfertigen [94]). Wäre daher die Klagen-Verjährung nur für Forderungsrechte eingeführt, so würden wir, hätten die Kaiser dabei auch immer nur von der extinctio actionis gesprochen, dennoch vollen Grund haben, daraus auf die Erlöschung des Forderungsrechtes selbst zu schließen; und nur wenn bewiesen werden könnte, daß die aus der Klagen-Verjährung entspringende exceptio in odium creditoris eingeführt sey, würden wir das Fortbestehen einer naturalis obligatio nach abgelaufener Verjährungszeit annehmen müssen. Dieß kann nun begreiflicher Weise auch dadurch nicht anders geworden seyn, daß die erlöschende Verjährung der Klagen allgemein, also auch bei solchen Rechten Statt finden soll, bei welchen die Klage nicht das ganze Recht umfaßt; und deßhalb enthält die Berufung der Gegner auf den Umstand, daß in den von der Klagen-Verjährung handelnden Constitutionen immer nur von der Erlöschung der Klage die Rede sey, soweit sie daraus überall die Fortdauer eines Rechtes

---

92) l. 83. §. 6. l. 26 u. 27. de V. O. (45. 1.) l. 1. C. de pignerat. act. (4. 24.) l. 5. C. de heredit. actionibus. (4. 16.)

93) §. 7. J. quae cum eo qui in aliena potest. (4. 7.) l. 17. §. 1. de minorib. (4. 4.) l. 3. §. 5 u. 7. quod quisque juris. (2. 2.)

94) Andere, von den Temporalklagen hergenommene Belege, werden unten, wo von der Verjährung dieser Klagen die Rede seyn wird, vorkommen.

folgern wollen, eine reine petitio principii; denn um diesen Schluß bei Forderungsrechten zu begründen, müßte vorerst nachgewiesen seyn, daß die dem verjährten Rechte entgegenstehende exceptio temporis in odium des Gläubigers eingeführt sey, was doch, wie oben gezeigt wurde, überall nicht der Fall ist.

Es ist aber jene Behauptung der Gegner nicht einmal wahr, da in den hierher gehörigen Constitutionen neben der Erlöschung der Klage, auch die Erlöschung des Rechtes selbst als Folge der Klagen-Verjährung ausdrücklich angeführt wird [95]), was jedoch deßhalb eine Ungenauigkeit enthält, weil es nicht bei der Klagen-Verjährung überhaupt, sondern nur bei der der actiones in personam eintritt. Vorzüglich gehört hierher die Verordnung von Anastas, nach welcher, wenn sich Jemand der 30jährigen Verjährung zu entziehen wissen sollte, doch nach Ablauf von 40 Jahren jedenfalls die Erlöschung der Klage eintreten soll, wobei er sich folgendermaßen ausdrückt:

— — — *Nullumque jus privatum vel publicum* in quacunque causa vel quacunque persona, quod praedictorum quadraginta annorum *extinctum est jugi silentio* [96]), moveatur rel. — — — [97]).

Aber auch Justinian selbst spricht bei Gelegenheit der Erweiterung des von Theodos gleichfalls auf 30 Jahre bestimmten Termins einer angestellten, nachher aber liegen gebliebenen Klage auf 40 Jahre, von solchen „*qui jure suo lapsi esse videbantur*" und *qui hujusmodi exceptione*

95) von Löhr a. a. O. S. 17. Vermehren a. a. O. S. 345 — 347.

96) *Jugi* ist hier nicht, wie Guyet a. a. O. S. 85. Note 31. fälschlich construirt, der Genitiv von jugum, sondern das Adjektiv zu silentio, heißet also gerade das, was *continuo silentio* (*Brisson.* de V. S. sub voce *jugis*); und drückt mithin das Erforderniß der Klagen-Verjährung genau aus; weßhalb auch dem Kaiser daraus ein Vorwurf nicht gemacht werden kann.

97) l. 4. C. de praescr. xxx vel xl ann. (7. 39.)

(sc. XXX annorum) *opposita suas fortunas ad alias translatas viderent*" 98).

Durch das bisher Bemerkte widerlegt sich nun auch von selbst der Schluß, den die Gegner von der Fortdauer des Eigenthums und der sonstigen dinglichen Rechte nach verjährter Klage auf die Fortdauer einer obligatio naturalis nach verjährter Klage aus einem Forderungsrechte machen; denn da, anerkannter- und zugegebenermaßen, bei den dinglichen Sachenrechten die Klage in der Regel nicht das ganze Recht umfaßt, wie dieß doch, wie nachgewiesen, bei den Forderungsrechten der Fall ist, so ist ein Schluß, von dem Fortbestehen eines Rechtes nach verjährter actio in rem, auf das Fortbestehen eines Rechtes nach verjährter actio in personam, ganz unzulässig, und beruht auf einer schiefen Ansicht von dem Wesen einer obligatio. An sich verjährt auch die Klage aus einem dinglichen Rechte nicht überhaupt, sondern nur gegen den seitherigen Besitzer, während sie dem Berechtigten gegen jeden Dritten, der, unabhängig von dem seitherigen Besitzer, die Sache an sich gebracht hat, eben so zusteht, wie sie ihm zugestanden haben würde, wäre sie gegen den früheren Besitzer noch nicht verjährt gewesen; was sich bei den actiones in personam, da bei diesen die Person des Verklagten nicht wechseln kann, ganz anders verhält, mithin mit *Paulus* lib. VII. ad edictum gesagt werden muß:

> *Rem* amississe videtur, qui adversus nullum ejus persequendae actionem habet 99).

Nach Justinianischem Rechte kann aber bei Sachenrechten von der blosen Klagen-Verjährung bekanntlich nur noch dann die Rede seyn, wenn der Besitzer nicht bona fide den Besitz erlangt hat, indem der bonae fidei possessor nach Justinian's Verordnung durch den Ablauf von 30 oder 40 Jahren Eigenthum erwirbt 100). Demnach verlor nun zwar:

---

98) l. 9. C. eod.

99) l. 14. §. 1. de V. S. vergl. mit l. 4. und l. 6. pr. eod.

100) l. 8. §. 1. C. h. t. (7. 39.). Nach kanonischem Rechte wird aber,

1) der Eigenthümer dadurch, daß er gegen den m. f. possessor seiner Sache 30 oder 40 Jahre hindurch nicht geklagt hatte, das Recht, die Sache von diesem Besitzer mit der rei vindicatio einfordern zu können, blieb aber natürlich Eigenthümer, und behielt demnach auch seine Eigenthumsklage gegen jeden Dritten, der später ohne accessio possessionis den Besitz erlangte. Ebenso verhielt es sich

2) bei dem Emphyteuta und Superficiar, der mit der Verjährung seiner utilis rei vindicatio gegen den bösgläubigen Besitzer gleichfalls sein emphyteutikarisches oder superficiarisches Recht nicht verlor, sondern gleichfalls nur seine utilis rei vindicatio nicht gegen den seitherigen, wohl aber wieder gegen jeden dritten Besitzer, bei welchem die accessio possessionis nicht eintrat, gebrauchen konnte. Ebenso ging auch

3) mit der Verjährung der *vindicatio servitutis* nicht die Servitut verloren, sondern wieder nur das Recht, diese gegen den seitherigen Besitzer klagend verfolgen zu können.

Einer besonderen Erwähnung verdient hier aber noch

4) die dingliche Pfandklage. Vor Justin erlosch auch mit der Verjährung der Pfandklage nicht das Pfandrecht, aber nicht aus dem bei den übrigen Sachenrechten geltenden Grunde, weil hier die Klage nicht das ganze Recht umfaßte, denn dieß verhält sich beim Pfandrechte gerade anders [101], sondern weil Theodos in der Verordnung, in welcher er die Verjährung auf alle Klagen ausdehnte, ausdrücklich bestimmt hatte, daß die actio hypothecaria zwar gegen einen dritten Besitzer immer binnen 30 Jahren, gegen den Verpfänder aber gar nicht verjähren solle.

---

da dieses, wenigstens zur Verjährung der gegen den Besitzer gerichteten Klagen, immer bonam fidem erfordert, nicht leicht eine Verjährung der dinglichen Klagen vorkommen. cap. 5 u. 20. X. de praescript. (2. 26.)

101) Der Beweis dieses Satzes, der freilich, so viel mir bekannt, bisher ganz übersehen worden ist, kann erst in der folgenden Abhandlung geliefert werden.

Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur: sed si qua res, vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus *erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda. Eodem etiam in ejus valente persona qui pignus vel hypothecam non a suo debitore sed ab alio possidente nitetur vindicare* [102]).

Erst durch diese Bestimmung war bei der Klagen-Verjährung für das Pfandrecht das herbeigeführt, was sich bei den übrigen Sachenrechten von selbst verstand. Nachdem aber Justin der dinglichen Pfandklage auch gegen den besitzenden Pfandschuldner nur eine 40jährige Dauer vorgeschrieben hatte [103]), mußte auch das Pfandrecht mit der Verjährung der Pfandklage gegen den Pfandschuldner hinwegfallen [104]).

Demnach kann also die Bestimmung des Römischen Rechts, daß durch die Verjährung der in rem actio gegen den m. f. possessor nicht das Eigenthum oder sonstige jus in re selbst verloren gehe, von den Gegnern keineswegs zur Unterstützung ihrer Theorie gebraucht werden, und es erklärt sich auch jene Bestimmung gar nicht erst aus der Annahme, daß mit der Verjährung der Klage immer nur die Klage hinwegfalle, das Recht aber bestehen bleibe, sondern lediglich und allein aus der inneren Natur des Eigenthums und der übrigen diesem analogen Rechte, so daß, wenn auch die Kaiser das Fortbestehen jener Rechte nach verjährter Klage gar nicht ausdrücklich bemerkt hätten, eine richtige Theorie dennoch auf jene Folgerung

---

102) l. un. C. Theod. de act. certo temp. finiend. (4. 14.) vergl. mit l. 3. C. Just. de praescript. xxx vel xl ann. (7. 39.) und l. 7. pr. C. eod.

103) l. 7. C. de praescript. xxx vel xl ann. (7. 39.)

104) Dieser Satz, der zunächst nur eine Folgerung aus dem oben aufgestellten Satze, daß die dingliche Pfandklage das Pfandrecht umfasse, enthält, kann eben deshalb seine nähere Begründung wieder erst in der folgenden Abhandlung erhalten.

führen mußte, gerade so wie auf der andern Seite aus der Natur eines Forderungsrechtes das Erlöschen des Rechtes selbst mit dem Hinwegfallen der Klage gefolgert werden muß.

Es bleibt daher zur vollständigen Widerlegung der gegnerischen Theorie nur noch die Erörterung übrig: ob nicht dieselbe durch die Bestimmung des Römischen Rechts, daß die dingliche Pfandklage auch nach verjährter Schuldklage fortdauere, gerechtfertigt werde. Gerade diese Bestimmung hat von jeher den Gegnern den hauptsächlichsten Grund für ihre Theorie abgegeben, und den Vertheidigern der Erlöschung des Forderungsrechts selbst durch die Verjährung der Klage die größte Schwierigkeit verursacht, und gerade dem Umstande, daß es bisher noch nicht gelungen ist, jene Bestimmung, auf andere Weise als durch Annahme der Fortdauer einer naturalis obligatio aus dem verjährten Forderungsrechte, befriedigend zu erklären, dürfte das fortwährende Anschließen einzelner Rechtslehrer an diese, sonst wohl längst aufgegebene, Theorie zuzuschreiben seyn.

Betrachten wir nun zunächst die hierher gehörigen Bestimmungen des Römischen Rechts, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die dingliche Pfandklage, selbst nachdem alle Klagen der 30jährigen Verjährung unterworfen worden waren, gegen den Schuldner unverjährbar war [105]), daß aber durch Justin die Dauer der dinglichen Pfandklage auch gegen den Pfandschuldner auf 40 Jahre beschränkt wurde [106]).

Mit diesen Bestimmungen bringen dann die Vertheidiger des Fortbestehens einer naturalis obligatio nach verjährter Schuldklage noch das berüchtigte Rescript von Gordian:

> Intelligere debes vincula pignoris durare, personali actione submota [107]).

in Verbindung; eine Stelle, die, auch abgesehen von der hier

105) l. un. C. Theod. (4. 14.) l. 3. C. und l. 7. pr. Just. de praescript. xxx vel xl ann. (7. 37.)

106) l. 7. C. cit.

107) l. 2. C. de hist. pign. (8. 31.)

zunächst zur Entscheidung vorliegenden Frage, noch deßhalb ihre besondern Schwierigkeiten hat, weil dieselbe sonstigen Stellen des Römischen Rechts, nach welchen mit der Tilgung der Forderung, mag diese ipso jure oder ope exceptionis erfolgen, auch das für dieselbe bestellte Pfandrecht erlöschen soll [108]), geradezu zu widersprechen und die entgegengesetzte Regel aufzustellen scheint. Donell [109]) will daher *non* durare lesen; eine Emendation, durch welche freilich der scheinbare Widerspruch gehoben würde, die aber durchaus willkührlich ist, und überdieß nicht einmal in den Zusammenhang paßt; und Cujacius [110]) bezieht dieselbe auf den in l. 1. C. eod. behandelten Fall, so daß sie blos eine Anwendung des Satzes: daß das Pfandrecht so lange fortdauere, bis die ganze Schuld getilgt sey, enthalte, was jedoch der allgemeinen Fassung der Stelle keineswegs entspricht. Die Vertheidiger der blosen Klagen=Verjährung wollen dagegen die Stelle von den Fällen verstehen, wo nach dem Hinwegfallen der persönlichen Schuldklage noch eine naturalis obligatio, und demnach auch das Pfandrecht fortbestehe, so daß die Stelle eben das sage, was *Ulpianus* lib. LXXIII. ad edictum:

> Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat. [111])

und finden nun in der Fortdauer des Pfandrechtes nach verjährter personalis actio gerade den Hauptfall für die Anwendung jenes Satzes [112]). Um aber die Beschränkung der l. 2. C. auf solche Fälle, wo nach Hinwegfallen der actio personalis noch eine obligatio naturalis übrig bleibt, zu rechtfer=

---

108) l. 9. §. 3. l. 11. §. 1 u. 5. de pignerat. act. (13. 7.) l. 4. qui potiores in pign. (20. 4.) l. 6 u. 13. quib. modis pign. (20. 6.) l. 19. C. de usuris. (4. 32.)

109) Comment. ad Cod. ad hanc legem.

110) Observ. V. 32. Ihm folgt Mühlenbruch Cession. S. 329 fg.

111) l. 14. §. 1. de pignorib. (20. 1.)

112) Glück Comment. Bd. XIX. S. 413. Francke a. a. O. S. 78. und mit ihm alle übrigen Vertheidiger der blosen Klagen=Verjährung.

tigen, müßte der Beweis erbracht seyn, daß der Ausdruck „submota actione“ nur auf solche Fälle gehe, oder daß das Pfandrecht immer nur da fortbestehen könne, wo eine naturalis obligatio fortbestehe. Der erstere Beweis kann nach den oben angeführten Quellen=Zeugissen, wonach actio ganz gleichbedeutend mit obligatio gebraucht wird [113]), nicht erbracht werden, und ebensowenig ist dieß, wie sich unten ergeben wird, mit dem letzteren möglich. Vorerst sind jedoch die Versuche zu betrachten, welche seither von den Vertheidigern des Erlöschens des Forderungsrechtes mit verjährter Klage sind gemacht worden, um die sich hier darbietende Schwierigkeit zu beseitigen. Dieselben haben nun, weil sie sich nicht anders zu helfen wußten, das Fortbestehen des Pfandrechtes nach verjährter Schuldklage geradezu geläugnet, und die dafür sprechenden Stellen auf andere Art zu erklären gesucht. Rücksichtlich der l. 2. C. cit. bemerkt nämlich von Löhr [114]), daß sie sich auf die Verordnung von Theodos in l. 3. C. de praescript. xxx vel xl ann. und auf die von Justin in l. 7. C. eod. gar nicht beziehen lasse, indem sie aus einer Zeit herrühre, wo die praescriptio longissimi temporis noch nicht eingeführt gewesen sey. Ihr Sinn sey einfach nur der: „Du mußt wissen, daß auch für eine naturalis obligatio ein Pfandrecht Statt finden kann.“ Daß aber diese Erklärung ungenügend sey, erhellet aus der Ansicht der Stelle von selbst; denn hier ist von einem „pignoris vincula *durare* personali actione *submota*“ die Rede, was unmöglich den Sinn haben kann, daß ein Pfandrecht für eine naturalis obligatio bestellt werden könne, sondern offenbar auf das Fortbestehen des Pfandrechts nach hinweggefallener actio personalis hinweist. Aber auch die erstere Bemerkung, so richtig sie an sich ist, beweist noch keineswegs, daß die Stelle sich nicht auf die Fortdauer

113) Vergl. S. 34 u. 35. Note 89—93.

114) A. a. O. §. 7. Vermehren a. a. O. S. 357. Note. 1. Linde Prozeß. 3te Aufl. §. 156. Note 12. von Wening=Ingenheim Civilrecht. 4te Aufl. Bd. I. S. 131. Note l. und S. 444. Note f.

des Pfandrechts nach verjährter Schuldklage beziehen könne; denn wenn auch so viel wahr ist, daß zu Gordian's Zeiten eine Verjährung der actiones perpetuae noch nicht Statt fand, so fand doch eine Verjährung der actiones temporales Statt, und es konnte also, wenn wir die Fortdauer des Pfandrechts nach verjährter Schuldklage einmal voraussetzen, Gordian allerdings auch diesen Fall im Auge haben, und im Justinianischen Rechte würde demnach die Stelle auch von der praescriptio longissimi temporis zu verstehen seyn, und nur, wenn nachgewiesen wäre, daß mit verjährter Schuldklage auch das Pfandrecht zusammenfalle, wäre auch nachgewiesen, daß die l. 2. C. cit. nicht von diesem Falle verstanden werden könne, während die sonstigen Schwierigkeiten der Stelle nach wie vor bestehen blieben. Um nun diesen Beweis zu erbringen, also die l. 3 und 7. C. cit., welche die Fortdauer des Pfandrechts nach verjährter Schuldklage aussprechen, zu beseitigen, will von Löhr die Verordnung Justin's, daß die dingliche Pfandklage gegen den besitzenden Pfandschuldner 40 Jahre dauern solle, von solchen Fällen verstehen, wo zwar eine Verjährung der actio hypothecaria, nicht aber der actio personalis, begonnen habe, in welchen dann jene nicht in 30, sondern erst in 40 Jahren verjähren solle. Wenn sich aber auch solche Fälle denken lassen, so lautet doch die Verordnung Justin's ganz allgemein, ohne nur im Mindesten anzudeuten, daß die dingliche Pfandklage in abstracto 40 Jahre dauere, in concreto aber es darauf ankommen solle, ob auch die persönliche Schuldklage schon zu verjähren angefangen habe, wo dann auch die Pfandklage mit ihr hinwegfallen solle, oder nicht, wo für die Pfandklage eine sebstständige Verjährung, aber immer nur eine 40jährige, eintreten solle. — Selbst den Vertheidigern der durch die Verjährung der Klage bewirkten Erlöschung der obligatio konnte daher von Löhr's versuchte Beseitigung der l. 3 und 7. C. cit. nicht genügen; weßhalb denn auch Heimbach [115]) dieselbe auf andere Weise herbei=

115) Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Bd. I. Heft 3. S. 457 — 460.

führen zu können glaubte. Da nämlich ein Pfandrecht nicht nur für eine klagbare, sondern eben so wirksam auch für eine naturalis obligatio bestellt werden könne, so habe Theodos bei der Bestimmung, daß die dingliche Pfandklage gegen den Pfandschuldner der Verjährung gänzlich entzogen seyn solle, nicht den Fall vor Augen gehabt, wo die dem Pfandrechte zu Grunde liegende Forderung selbst eine klagbare sey, sondern nur den, wo ein Pfandrecht für eine obligatio naturalis sey bestellt worden. In jenem Falle sey also die Pfandklage stets mit der Verjährung der Klage aus der obligatio principalis erloschen, während für den letzteren Fall eine eigene Bestimmung über die Verjährungszeit der Pfandklage nöthig gewesen sey, welche dann Theodos dahin getroffen habe, daß hier, so wenig wie die obligatio principalis selbst durch Verjährung hinwegfallen könne, da sie zu einer Klage sich nicht eigne, ebensowenig auch die Klage aus dem accessorischen Pfandrechte gegen den Pfandschuldner der Verjährung unterworfen seyn solle; eine Bestimmung, die durch Justin's Verordnung nur dahin sey umgeändert worden, daß für die, aus einem für eine naturalis obligatio bestellten Pfandrechte entspringende actio hypothecaria eine 40jährige Frist festgesetzt worden sey. Demnach stehe die Bestimmung, daß die dingliche Pfandklage 40 Jahre gegen den Pfandschuldner dauere, dem Satze, daß mit der Verjährug der Klage aus einer obligatio das ganze Recht zusammen falle, mithin auch nicht das accessorische Pfandrecht bestehen bleiben könne, gar nicht entgegen. Dieser Schluß ist zwar ganz richtig, allein den Voraussetzungen, auf welche derselbe gebaut ist, fehlt es an der gehörigen Begründung; denn hierfür hätte Heimbach beweisen müssen, daß Theodos und Justin bei ihren Verordnungen über die Dauer der Pfandklage wirklich nur den Fall, wo sie aus einem für eine obligatio naturalis bestellten Pfandrechte entspringe, im Auge gehabt hätten; diesen Beweis ist er aber leider schuldig geblieben, und es wird derselbe auch wohl nicht erbracht werden können, da die Kaiser schlechthin von der Verjährung der Pfandklage gegen den Pfandschuldner sprechen,

ohne zwischen einem debitor civilis und naturalis zu unterscheiden: ubi autem lex non distinguit, nec nostrum est distinguere.

Sind demnach die Versuche, die Bestimmungen der l. 3 und 7. C. über die Verjährung der Pfandklage gegen den Pfandschuldner auf andere Art als durch das Fortbestehen des Pfandrechts nach verjährter Schuldklage zu erklären, mißlungen, so muß dieses Fortbestehen allerdings zugegeben werden, und zwar um so mehr, als sich zeigen läßt, daß dieß auch schon vor der l. 3. C. cit. bei der Verjährung der Temporalklagen der Fall war. Letzteres erhellet schon aus einer ungezwungenen Ansicht dessen, was Paulus lib. XXII. ad edictum sagt:

Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit, *aut quod litem tempore amisit*, quaeritur? Sed hic iniquum est, et domino et creditori eum teneri, nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem injuriam passurum, quum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem. Et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel *quod litem amisit*, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id, quod debitum excedit, competet Aquiliae actio [116]).

Zwar handelt diese Stelle zunächst nur von der s. g. Prozeßverjährung, und man hat daher, um ihre Beweiskraft für das Fortbestehen des Pfandrechts nach verjährter Schuldklage zu zerstören, behauptet, daß d e Prozeß=Verjährung nicht so wie die Klagen=Verjährung das gänzliche Erlöschen des Rechtes herbeigeführt habe, sondern daß hier eine naturalis obli-

---

116) l. 30. §. 1. ad leg. Aquil. (9. 2.)

gatio sey bestehen geblieben [117]). Allein es dürfte doch wohl die Ansicht derjenigen den Vorzug verdienen, welche behaupten, daß auch die Prozeß-Verjährung das gänzliche Erlöschen des klägerischen Anspruchs herbeiführe, wie dieß namentlich Linde [118]) vertheidigt; der denn auch die seiner Ansicht zu widersprechen scheinende l. 30. cit. zu entkräften gesucht hat. Er bemerkt nämlich darüber: Man dürfe nicht übersehen, daß Paulus dem Pfandgläubiger zwei Klagen gegen verschiedene Verklagte zuspreche, eine gegen den Pfandschuldner, die andere gegen den der den verpfändeten Sklaven getödtet hatte; da nun der Gläubiger nach des Paulus Voraussetzung die Klage gegen den Pfandschuldner angestellt,

---

117) Man hat sich für diese Behauptung insbesondere auf l. 50. §. 2. de peculio (15. 1.) berufen. Diese Stelle enthält aber durchaus keinen Beleg für den Satz, den man daraus hat ableiten wollen. Papinianus sagt nämlich hier: Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest. Et ideo, qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest, quam si judicium dictatum non fuisset, eadem ratione fidejussor quoque utiliter acceptus videbitur, *quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est.* Hier ist also davon die Rede, daß mit der Anstellung der actio de peculio gegen den Herrn, der Sklave von seiner naturalis obligatio noch nicht befreit sey, wie dieß sich von selbst versteht, l. 84. de solut. (46. 3.) nicht aber davon, daß mit der Anstellung einer Klage überhaupt nur die Klage, nicht aber die obligatio selbst in judicium deducirt sey, wie namentlich Francke civil. Abhandl. S. 79 u. 80. diese Stelle verstehen will. Eher ließe sich der Satz: actione in judicium deducta manet naturalis obligatio, aus l. 60. pr. de cond. indeb. (12. 6.) und l. 8. §. 1. ratam rem hab. (46. 8.) ableiten. Man vergleiche über diese Stellen Glück Comment. Bd. XIII. §. 830. S. 101 ff. Wahrscheinlich war aber jener Satz blos wegen des Grundsatzes: omnia judicia esse absolutoria, *Gajus* IV. §. 114. angenommen.

118) Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Bd. II. Heft 1 und 2. Nro. V u. VI. S. 153—232.

aber den Prozeß tempore verloren habe, so sey zwar dieser gegen jeden ferneren Anspruch aus dieser obligatio geschützt [119]; allein die andere, gegen den Todtschläger des verpfändeten Sklaven gerichtete Klage sey dadurch keineswegs ausgeschlossen; denn von diesem könne die Einrede der Prozeß-Verjährung nicht entgegengesetzt werden, weil dieses ein auf einem andern Fundamente beruhender Prozeß und die Parteien nicht dieselben seyen, dem verklagten Todtschläger des Sklaven also, wenn er sich darauf berufen wollte, der Kläger habe keine Forderung mehr, weil er dem Pfandschuldner gegenüber litem tempore amiserit, es also an einer Pfandschuld, deßhalb an einem wirksamen Pfandrechte und sonach an einer wesentlichen Voraussetzung zur neuen Klage fehle, mit Recht replicirt werden könnte, dieses seyen sämmtlich exceptiones de jure tertii, da durch die Prozeß-Verjährung überhaupt das Recht nur ope exceptionis erlösche, diese exceptio aber nicht jedem Dritten, sondern nur demjenigen zustehe, der in dem verjährten Prozesse die Rolle des Verklagten gespielt habe. Allein diese Erklärung der Stelle erscheint deßhalb ungenügend, weil Paulus jedenfalls dem Pfandgläubiger gegen den Todtschläger des Sklaven nur aus dem Grunde eine utilis ex lege Aquilia actio zuspricht, weil er auch nach verjährtem Schuldprozesse noch einen Anspruch des Pfandgläubigers gegen den Pfandschuldner anerkennt, so daß letzterer die actio ex lege Aquilia nur *in id quod debitum excedit*, der Pfandgläubiger dagegen *usque ad modum crediti, ut prosit hoc debitori*, gegen den Todtschläger soll anstellen können, woraus klar hervorgeht, daß Paulus dem Pfandgläubiger auch nach verjährtem Schuldprozesse den Pfandschuldner gegenüber aus dem Pfandrechte noch als berechtigt betrachtet, wie dieß auch noch aus einer andern, von Linde nicht berücksichtigten Stelle, ganz deutlich erhellet:

Marcellus L. V. Digestorum: Servum, quem quis

---

119) l. 1. §. 12. ad Sctum Tertull. (38. 17.) l. 229 und 230. de V. S. (50. 16.) l. 2. §. 2. ne de statu defunct. (40. 15.)

pignori dederat, ex levissima offensa vinxit; mox solvit, et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit; an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit? quia crediti ipsius actio non sufficit ad id, quod deest persequendum, quid si eum interfecisset aut eluscasset? Ubi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur, ubi autem eluscasset, *quasi damni injuriae dabimus actionem* ad id, quantum interest; quod debilitando aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. Fingamus *nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat;* non existimo indignam rem animadversione et auxilio praetoris. *Ulpianus* notat: *Si, ut creditori noceret, vinxit, tenebitur; si merentem, non tenebitur* [120].

In dieser Stelle ist freilich nicht speciell von der Prozeß-Verjährung, sondern überhaupt von dem Falle die Rede, wo der Gläubiger den Schuldprozeß verloren hatte: quia causa ceciderat. Da jedoch, im Falle der Prozeß in Folge der durch richterliches Urtheil erfolgten Lossprechung des Schuldners verloren gegangen ist, auch das Pfandrecht nothwendig erlischt [121], und zwar deßhalb, weil, wenn einmal durch rechtskräftiges Urtheil die Frage: ob eine Schuld bestehe oder nicht, dahin entschieden ist, daß eine Schuld nicht bestehe, diese Frage unter den Parteien nicht zu einer neuen gerichtlichen Erörterung führen kann [122], so muß es andere Fälle des Verlustes des Prozesses gegeben haben, welche diese Folge nicht hatten, und ein solcher Fall trat nach Obigem bei der Prozeß-Verjährung ein, weßhalb wir gegründete Ursache haben, die l. 27. cit. gleichfalls hiervon zu verstehen.

---

120) l. 27. de pignorib. (20. 1.)

121) *Thryphoninus* l. VIII. disputationum: Si deferente creditore juravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset; *nam et si a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.* l. 13. quib. modis pignus. (4. 6.)

122) l. 6. de except. rei jud. (44. 2.)

Dauerte also schon im früheren Rechte das Pfandrecht nach verjährter Schuldklage fort, so läßt sich dasselbe nach den klaren Bestimmungen von Theodos und Justin in l. 3 u. 7. C. de praescript. XXX vel XL ann. (7. 39.) um so weniger läugnen; und es fragt sich daher nur, ob dieses Fortbestehen des Pfandrechts nach verjährter Schuldklage sich lediglich durch die Annahme erklären lasse, daß die Verjährung der Klage überall nicht die obligatio, sondern nur die actio vernichte. Dieß kann aber keineswegs zugegeben werden, vielmehr hoffe ich, daß es mir gelingen werde, jenes Fortbestehen des Pfandrechts nach verjährter Schuldklage auf andere Art ganz befriedigend zu erklären. Zwar ist es eine allgemeine Rechtsregel, daß mit dem Hauptrechte auch dessen Accessorien zusammenfallen: „principali re peremta, accessiones quoque extinquuntur“ [123]; und diese Regel ist denn auch für das Pfandrecht bei Erlöschung der Forderung ausdrücklich anerkannt [124]; die besondere Natur des Pfandrechts und der daraus entspringenden dinglichen Klage führt jedoch eine Beschränkung herbei, so daß bei jeder Erlöschungsart der dem Pfandrechte zu Grunde liegenden Forderung immer die Frage entsteht, ob dieselbe der Art sey, daß damit auch das Pfandrecht zusammenfalle. Der Prätor hatte nämlich in seinem Edikte die dingliche Pfandklage davon abhängig gemacht, daß die Forderung noch nicht durch Zahlung getilgt oder der Gläubiger auf andere Art zufrieden gestellt worden sey, was jedoch auch in dem Falle angenommen wurde, wo es mit dem Willen des Gläubigers nicht zu seiner Befriedigung gekommen war; wie dieß in unsern Quellen wiederholt ausgesprochen wird. So rescribiren Diocletianus und Maximianus:

. . . Cum etiam *edicto perpetuo actione proposita,*

123) l. 1 u. 2. de pecul. leg. (33. 8.) l. 129. §. 1. l. 178. de R. J.

124) Vergleiche die Stellen, welche oben S. 41. Note 108. allegirt sind.

pecunia soluta creditori vel si per eum factum sit, quo minus solveretur: ad reddenda ea, quae pignori acceperit, jure eum satis evidenter urgeri, manifestum est [125]).

und ebenso **Philippus**:

... Cum *Serviana* etiam *actio manifeste declaret, pignoris inhiberi persecutionem, vel solutis pecuniis, vel si per creditorem steterit, quo minus solvantur* [126]).

Demnach mußte die Pfandklage überall da, wo ohne Befriedigung des Gläubigers die Erlöschung der Forderung durch einen außer dem Willen des Gläubigers, also in rechtlicher Nothwendigkeit, liegenden Umstand herbeigeführt wurde, fortbestehen.

Gelingt es uns, die Wahrheit dieses Satzes aus den Quellen nachzuweisen, so ist damit auch erklärt, warum das Pfandrecht nach verjährter Schuldklage fortdauern soll; denn auch in Folge der Verjährung erlischt die Forderung ohne Befriedigung des Gläubigers durch einen außer seinem Willen, blos in gesetzlicher Vorschrift liegenden Umstand. Daß aber der aufgestellte Satz in den Gesetzen anerkannt sey, dürfte wohl nach den hier einschlagenden Stellen keinem gegründeten Zweifel unterliegen [127]).

---

125) l. 3. C. de luit. pign. (8. 31.)

126) l. 19. C. de usuris. (4. 32.) vergl. mit l. 1. C. si pignoris conventionem. (8. 33.)

127) Francke a. a. O. will zwar in den Fällen, wo nach erloschener actio in personam das pignus fortbestehen soll, wieder damit helfen, daß er annimmt, es sey hier nur die actio hinweggefallen, während die obligatio als naturalis fortbestehe; eine Ansicht, die sich schon dadurch hinlänglich widerlegt, daß, wie im Texte gezeigt werden wird, Fälle vorkommen, wo mit dem Hinwegfallen der actio in personam auch die dafür eingegangene Bürgschaft hinwegfallen, das Pfandrecht dagegen fortbestehen soll. Wie will hier Francke seine, ohnehin auf unrichtigen Voraussetzungen beruhende, Ansicht rechtfertigen?

Ganz unumwunden spricht sich darüber aus *Marcianus* libro singul. ad formulam hypothecariam:

... *Etiam si creditor judicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata; quia suas conditiones habet hypothecaria actio:* id est *si soluta est pecunia* aut *satisfactum* est, *quibus cessantibus tenet* ... [128]).

Bei dieser Stelle muß man sich nur erinnern, daß im früheren Römischen Rechte durch die litis contestatio und das darauf folgende Urtheil die alte obligatio aufgehoben, und an deren Stelle eine neue mit dem Urtheil perfekt werdende und mit der actio judicati zu verfolgende obligatio begründet wurde [129]); was unsere neueren Rechtslehrer unter der s. g. novatio necessaria verstehen [130]). Demnach mußte die Frage entstehen, ob mit der alten obligatio auch die Accessionen derselben als erloschen zu betrachten seyen. Bei der Bürgschaft trat diese Folge wirklich ein [131]), und deßhalb hätte man glauben sollen, es wäre dieß auch beim Pfandrechte der Fall; allein dieß wird geläugnet, und zwar aus dem Grunde, weil das Pfandrecht nicht schlechthin an die Schicksale der Forderung gebunden sey, sondern nur da mit dieser hinwegfalle, wo dieselbe durch Befriedigung des Gläubigers erlösche, sonst aber bestehen bleibe. Da nun mit Anstellung einer Klage und darauf erfolgtem siegreichen Urtheile eine Befriedigung des Gläubigers noch keineswegs ein-

128) l. 13. §. 4. de pignorib. (20. 1.)

129) Gajus III. 180 u. 181. IV. 106—108. Keller über Litiscontestation und Urtheil. Zürich 1827. Zimmern Rechtsgeschichte. Bd. III. §. 118—124. 137 u. 138. vergl. mit §. 146 u. 153. Mayer die Litiscontestatio. I. Abtheilung. Stuttgart 1830.

130) l. 29. de novat. (46. 2.) vergl. mit l. 11. §. 1. eod. Zimmern a. a. O. §. 123.

131) *Pauli* R. S. II. 17. §. 15: Electo reo principali *fidejussor* vel heres ejus liberatur. l. 5. de fidejuss. (46. 1.) l. 31. §. 1. de novationib (46. 2.)

getreten sey, so müsse auch das, für die der angestellten Klage zu Grunde liegende Forderung, bestellte Pfandrecht, nach wie vor fortbestehen [132].

---

132) Mayer a. a. O. §. 2. S. 30 ff. sucht den Grund der verschiedenen Wirkung der litiscontestatio und des Urtheils auf Bürgschaft und Pfandrecht darin, daß die Bürgschaft schon in der frühesten Zeit, als die L. C. noch auf einem wirklichen Vertrage beruht habe, vorgekommen sey, während das Pfandrecht der späteren Zeit angehöre, wo die alte Wirksamkeit der L. C. nur noch auf Fiktion beruht habe. Gibt man aber auch die Hypothese, daß die L. C. früher ein wirklicher Vertrag (per aes et libram) gewesen sey, zu, so folgt doch daraus so wenig jener verschiedenartige Einfluß auf die Accessionen, als er blos aus der verschiedenen Entstehungszeit derselben folgt. Vielmehr beruht derselbe auf der verschiedenen Natur der Accessionen. Die Bürgschaft, als Institut des Civilrechts, diente blos zur Sicherung des Gläubigers, so weit seine Forderung bestand, und da nun der Bürge früher nicht in subsidium, sondern als correus debendi haftete, so folgerte man daraus consequent, daß in allen Fällen, in welchen die obligatio in der Person des Schuldners erlosch, auch dessen Bürge befreit werde. Das Pfandrecht dagegen war ein prätorisches Institut, wodurch der Gläubiger besser als durch Bürgschaft gesichert werden sollte: „Plus cautionis in re est quam in persona.“ l. 25. de R. J., und deßhalb hatte ihm der Prätor „suas conditiones“ angewiesen, weßhalb man überall da, wo die obligatio principalis auf andere, als die vom Prätor für die Erlöschung des Pfandrechts bestimmte, Art erloschen war, folgerte, daß letzteres bestehen bleibe. Warum Mayer den Grund, den Marcianus in l. 13. §. 4. cit. für das Fortbestehen des Pfandrechts, nach der Verurtheilung des Schuldners aus der Forderung, anführt, nicht berücksichtigt, ist um so auffallender, als er doch den Grund, warum nach l. 90. de V. O. (45. 1.) die für den Fall, daß das Kapital binnen der bestimmten Zeit nicht abgetragen werde, verabredeten höheren Zinsen auch nach der L. C. fortlaufen, mit Pomponius darin findet: „quia verum est solutam pecuniam non esse.“ Was aber durch Verabredung festgesetzt werden kann, kann es auch durch gesetzliche Bestimmung, l. 28. C. s. f. de fidejussorib.

Einen weiteren Beleg für die Richtigkeit unseres oben aufgestellten Satzes gibt eine andere Stelle, die eben deßhalb Schwierigkeit gemacht hat, weil man, mit dem Erlöschen der obligatio, schlechthin auch das dafür bestellte Pfandrecht als erloschen betrachtete:

Paulus libro IV. Quaestionum:

Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris, quum nollet adire ut suspectam, coactus jussu praetoris adiit et restituit; quum emtorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi jure dominii id possidere. Respondi: *aditione quidem hereditatis confusa obligatio* est; *videamus autem ne et pignus liberatum sit, sublata naturali obligatione?* Atquin sive possidet creditor (actor) [133]) idemque heres rem, sive non possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pignoratitia, quoniam hereditaria est actio; neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur, quod

(8. 41.) und dieß war nach Obigem durch den Prätor beim Pfandrechte geschehen. Im Justinianischen Rechte bleibt übrigens der Bürge auch nach der Verurtheilung des Hauptschuldners bekanntlich verhaftet, weil Justinian in Nov. 4. cap. 1. der Bürgschaft eine subsidiarische Wirkung beigelegt, und den Grundsatz, der nach älterem Rechte bei mehreren reis promittendi galt: „Si cum uno fuerit actum, caeteri liberabuntur" l. 3 u. 4. de his qui eff. (9. 3.) l. 51. §. 4. de evict. (21. 2.) aufgehoben hat, l. 28. C. de fidejussor. (8. 41.). So wie das Pfandrecht erloschen mit der Verurtheilung des Schuldners auch nicht die *privilegia exigendi*, l. 29. de novat. (46. 2.), und zwar aus dem ganz einfachen Grunde, weil diese eigentlich an die Exekution geknüpft sind.

133) Dieser Ausdruck hat, wenn man darunter nicht den um Eigenthums-Zuschlag anhaltenden Gläubiger verstehen will, gar keinen Sinn, und kann daher, da er sich auch in mehreren alten Ausgaben nicht findet, füglich wegbleiben. Vergl. Francke a. a. O. S. 86. Note 30.

eveniret, si nullum pignus intercessisset; possidet enim eam rem quasi creditor. Sed et si fideicommissarius rem teneat, *et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam*, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. *Igitur non tantum retentio, sed et petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.* In re autem integra non putarem eum compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset ei cautum vel soluta pecunia sit [134]).

Die Vereinigung des Gläubigers und Schuldners in einer Person ist bekanntlich ein allgemeiner und zwar ipso jure wirkender Erlöschungsgrund aller Forderungsrechte [135]), und es fallen mit derselben auch alle accessorischen Verbindlichkeiten, namentlich auch das Pfandrecht [136]), zusammen. Nun war in dem von Paulus behandelten Falle der Pfandgläubiger von seinem Pfandschuldner zum Erben eingesetzt, und ihm aufgelegt worden, die Erbschaft an die Tochter des Erblassers als Universal-Fideicommiß zu restituiren. Der Pfandgläubiger hielt aber die Erbschaft für suspekt und weigerte sich daher sie anzutreten; worauf er ex Scto Pegasiano zur Antretung und Restitution war gezwungen worden [137]). Weil er nun keinen Käufer für die ihm verpfändete Sache finden

---

134) l. 59. pr. ad Sctum Trebell. (36. 1.). Ueber die gewöhnlich mit dieser Stelle in Verbindung gebrachten Stellen: l. 9. pr. quib. mod. pignus (20. 6.) l. 30. §. 1. de except. rei jud. (44. 2.) l. 3. C. de his qui in prioris credit. loc. (8. 19.) und l. 1. C. si antiq. creditor (80. 20.) und das darauf gegründete Pfandrecht an eigener Sache, soll in der folgenden Abhandlung das Nähere vorkommen.

135) l. 21. §. 1. de liberat. leg. (34. 3.) l. 71. de fidejuss. (46. 1.) l. 75. 93. 95. §. 2. 3 u. 8. l. 107. de solut. (46. 3.) l. 7. C. de pactis (2. 3.) l. 5. C. de heredit. act. (4. 16.)

136) l. 29. de pignerat. act. (13. 7.)

137) *Gajus* II. 258. l. 45. ad Sctum Treb. (36. 1.)

konnte, hatte er um Zuschlag des Eigenthums gebeten. Da jedoch durch die Erbschafts-Antretung die obligatio erloschen war, so entstand die Frage, ob nicht auch das Pfandrecht durch Confusion hinweggefallen sey. Man sollte nun erwarten, daß Paulus das Letztere zugeben, jedoch aus dem Grunde, daß mit der Restitution der Erbschaft auch das durch Confusion erloschene Schuldverhältniß wieder auflebe [138], auch im vorliegenden Falle zu Gunsten des Gläubigers entscheiden würde. Allein der Jurist läugnet, daß in dem zu entscheidenden Falle das Pfandrecht überhaupt erloschen sey, und zwar aus dem Grunde: „*quia verum est, pecuniam non esse solutam*“ [139]. Er entscheidet daher, daß der Gläubiger, möge er sich noch im Besitze der verpfändeten Sache befinden oder nicht, stets gesichert sey; denn in jenem Falle könne der Fideicommissar die Sache nicht von ihm fordern, weder mit der actio pignoratitia (personalis), weil diese als eine Klage, welche selbst dem Erblasser nur dann würde zugestanden haben, wenn er den Gläubiger befriedigt hätte, auch dem Fideicommissar nur unter derselben Bedingung zustehen könne [140]; noch auch

---

138) l. 80. ad Sctum Treb. (36. 1.) l. 21. §. 1. ad Sctum Silan. (29. 5.) l. 20. de hered. vel act. vend. (18. 4.)

139) Wenn Paulus dabei hinzufügt: „quemadmodum dicimus cum amissa est actio propter exceptionem,“ so darf dieß nicht, wie Francke a. a. O. S. 98. will, so verstanden werden, als ob überall da, wo die actio ope exceptionis erloschen sey, das pignus fortdauere, denn dieß wäre falsch; man vergl. l. 5. quib. mod. pignus (20. 6.), sondern der Jurist bemerkt dieß nur deßhalb, weil überall da, wo die actio per exceptionem erloschen ist, keine Zahlung erfolgt seyn kann, indem sonst die obligatio ipso jure erloschen wäre.

140) Dieß drückt Paulus, freilich etwas dunkel, durch die Bemerkung: „quia hereditaria est actio“ aus. Hereditaria actio ist nach l. 1. §. 26. si quid in fraudem patron. (38. 5.) und l. 66. §. 2. ad Sctum Treb. (36. 1.) eine solche „quae ex bonis defuncti pendet.“ In diesem Sinne war denn auch in dem von Paulus behandelten Falle die actio pignoratitia eine actio hereditaria, und dadurch widerlegt sich die von Cuja-

mit der petitio fideicommissi, denn der Fiduciar besitze die verpfändete Sache nicht als solcher, sondern als Pfandgläubiger. Wäre er aber nicht mehr im Besitze, so stehe ihm die actio Serviana zu, weil, obgleich die Bedingung der Erlöschung der obligatio, doch, im vorliegenden Falle, nicht die des Wegfallens des Pfandrechtes eingetreten sey; und so müsse man propter pignus auch noch das Fortbestehen einer obligatio naturalis annehmen.

Zu ähnlichen Resultaten führt der Fall, wo Haupt- und Nebenverbindlichkeit in derselben Person zusammentreffen. Beerbt z. B. der Hauptschuldner seinen Bürgen, oder der letztere jenen, so erlischt die obligatio accessoria durch Confusion [141];

---

cius vorgeschlagene Emendation: quoniam hereditaria *non* est actio. Freilich war durch die Erbschafts-Antretung auch diese Klage erloschen, jedoch durch die Restitution an den Fideicommissar wieder hergestellt, aber, wie sich von selbst versteht, in denselben Grenzen, wie sie beim Erblasser bestanden hatte. Diese schon früher, namentlich auch von v. Wening-Ingenheim Archiv Bd. VI. S. 145. Note 10. gebilligte Erklärung, will Francke civil. Abhandl. S. 96 u. 97. deßhalb nicht zugeben, weil nach l. 58. pr. ad Sctum Treb. die durch die Erbschafts-Antretung erloschenen Klagen des Erblassers gegen den Erben auch nach geschehener Restitution an den Fideicommissar nicht restituirt würden, sondern dieser immer nur die petitio fideicommissi habe. Daß aber eine solche Restitution Statt finde, erhellet offenbar aus l. 27. §. 11. eod., und die l. 58. pr. cit. widerspricht dem nicht, da diese einen Fall behandelt, wo der Erbe nicht ursprünglich Schuldner des Erblassers gewesen war, sondern erst nach angetretener Erbschaft einen Schuldner des Erblassers beerbt hatte. Da also dem Erblasser selbst noch keine Klage gegen den Erben zugestanden hatte, so konnte auch ex Scto Trebell. keine auf den Fideicommissar übergehen, l. 66. §. 2. eod., sondern diesem nur mit der petitio fideicommissi geholfen werden, gerade wie dieß da eintreten mußte, wo der Erbe die Schuld vom Erbschaftsschuldner eingehoben hatte.

141) l. 5. l. 14 u. 21. §. 2. de fidejussorib. (46. 1.). Nur da, wo die obligatio des Bürgen stärker war als die des Hauptschuldners, bleibt jene bestehen. l. 95. §. 3. de solutionib. (46. 3.)

hat aber der Bürge daneben noch eine Sache für seine Obligation verpfändet, so bleibt in einem solchen Falle das Pfandrecht bestehen. Man könnte glauben, daß dieß sich schon deßhalb von selbst verstehe, weil zwar Niemand sein eigener Bürge seyn, wohl aber Jeder für seine Schuld eine seiner Sachen verpfänden kann. Nun ist zwar jenes der Grund, warum die accessorische Verbindlichkeit des Bürgen erlischt [142], und letzteres würde der Grund seyn, aus welchem das Pfandrecht fortbestehen müßte, wenn ein Dritter für eine fremde Schuld ein Pfand bestellt hätte und nun eine Beerbung zwischen dem Verpfänder und Schuldner eingetreten wäre, kann aber nicht der Grund seyn, warum das vom Bürgen für seine eigene (Bürgschafts=) Verbindlichkeit bestellte Pfandrecht nach der Beerbung fortdauern soll; denn da hier die Verbindlichkeit des Bürgen durch Confusion erloschen ist, so sollte man glauben, daß auch das für dieselbe bestellte Pfand liberirt sey; allein dieß wird geläugnet, und zwar aus keinem andern Grunde als: „quia nec pecunia soluta, nec ejus nomine creditori satisfactum est." Alles dieses wird deutlich auseinandergesetzt von *Africanus* libro VII. Quaestionum:

Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in *suam* obligationem dedit; post idem heredem te instituit. *Quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum* manebit. At si idem alium fidejussorem dederit, atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione ejus pro quo fidejussum sit, eum quoque qui fidejusserit, liberari [143].

Hätte also der Hauptbürge für seine Verbindlichkeit nicht ein Pfandrecht, sondern einen Afterbürgen bestellt, so wird der letztere dadurch, daß der Hauptbürge vom Schuldner beerbt wird, ebenfalls befreit. Hier entsteht dann die Frage, wie es sich verhalten würde, wenn der Afterbürge für seine Verbindlichkeit eine Sache verpfändet hätte? Afrikan ent-

142) l. 21. §. 2. de fidejussorib. (46. 1.)
143) l. 38. §. 5. de solutionib. (46. 3.)

scheidet diese Frage nicht ausdrücklich; allein nach dem entschiedenen Falle kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß das Pfandrecht fortbestehen bleibe, wenn auch die Verbindlichkeit des Hauptbürgen und damit auch die des Afterbürgen durch die, in Folge der zwischen dem Hauptbürgen und Schuldner Statt gefundenen Beerbung, eingetretene Confusion erloschen seyn sollte: semper enim verum manet, pecuniam non esse solutam, nec creditori ejus nomine satisfactum.

Es zeigt sich aber endlich die Wahrheit des aufgestellten Grundsatzes noch bei einer andern Erlöschungsart des Forderungsrechtes, nämlich bei der Novation. Auch diese ist ein die Erlöschung des Forderungsrechtes überall und zwar wieder ipso jure herbeiführender Grund [144]), und mit derselben fallen zugleich die Accessionen der früheren Forderung [145]), insbesondere auch das Pfandrecht zusammen, es müßte denn dessen Fortbestehen ausdrücklich vorbehalten seyn.

Ulpianus libro XXXVIII. ad edictum. Novata autem debiti obligatio pignus perimit, nisi convenit ut pignus repetatur [146]).

Wird aber die durch Novation an die Stelle der früheren gesetzte Obligation wegen eines schon bei der Eingehung derselben vorhandenen Grundes wieder aufgehoben, so wird immer auch die frühere Obligation wieder hergestellt [147]), und damit auch die früheren Accessionen derselben [148]). Da nun das Pfandrecht gleichfalls zu den letzteren gehört, so sollte man glauben, daß auch dieses wieder hergestellt werde; allein

144) *Gajus* III. 176 — 179. §. 3. J. quib. mod. toll. obl. (3. 29.) l. 3. s. f. C. de novat. (8. 42.)

145) l. 18. 27 u. 29. de novationib. (46. 2.) l. 4. C. de fidejuss. (8. 41.)

146) l. 11. §. 1. de pignerat. act. (13. 7.). Vergl. l. 3. pr. l. 12. §. 5. qui potiores (20. 4.) l. 18. de novat. (46 2.) l. unica C. etiam ob chirogr. pec. (8 27.) Pignus intercidit, si novatione facta in alium jus obligationis transtulisti, nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, tibi cautum est.

147) l. 2. C. si adversus transact. (2. 32.)

148) l. 14. ad Sctum Vellejan. (16. 1.)

das Pfandrecht wird in einem solchen Falle als gar nicht erloschen betrachtet; es bedarf daher auch keiner Wiederherstellung desselben, da es ohnehin fortbesteht: „quia verum est, pecuniam non esse solutam." Dieß sagt uns

Gajus libro IX. ad edictum provinciale: *De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus:* cum *quasi Serviana* (quae et hypothecaria vocatur) in his *utilis* sit; *quia verum est, convenisse de pignoribus nec solutam pecuniam esse* [149].

Es hat also der Gläubiger in einem solchen Falle die actio hypothecaria nicht als restitutoria, sondern als directa.

Ebenso entscheidet Pomponius, in einem Falle wo ein Minderjähriger sich gegen die durch Novation übernommene Verbindlichkeit in integrum hatte restituiren lassen, daß das vom früheren Schuldner bestellte Pfandrecht sey bestehen geblieben.

Pomponius libro IX. epistolarum et variarum lectionum. *Junius Diophantus Pomponio suo salutem.* Minor viginti quinque annis novandi animo intercessit pro eo, qui temporali actione tenebatur, tunc, quam adhuc supererant decem dies, et postea in integrum restitutus est. Utrum restitutio, quae creditori adversus priorem debitorem datur, decem dierum sit, an plenior? Ego didici, ex tempore in integrum restitutionis tantundem temporis praestandum, quantum supererat; tu quid de eo putas, velim rescribas. Respondit: sine dubio quod de temporali actione, in qua intercessit minor, sensisti, puto verius esse. *Ideoque et pignus, quod dederat prior debitor, manet obligatum* [150].

Aus den seither angeführten Stellen wird so viel erhellen, daß das Pfandrecht fortbestehen könne, obgleich die obligatio, wofür es bestellt worden, erloschen ist, und daß dieß überall

149) l. 13. §. 1. ad Sctum Vellej. (16. 1.)
150) l. 50. de minorib. (4. 4.)

da eintrete, wo die Forderung ohne Befriedigung des Gläubigers durch einen außer seinem Willen liegenden Grund, also in Folge einer Rechtsnothwendigkeit, hinweggefallen ist. Da dieß nun auch offenbar bei der Verjährung des Forderungsrechts gesagt werden muß, so hatte Theodos bei Einführung der Verjährung der actiones perpetuae guten Grund zu verordnen, daß das Pfandrecht auch nach verjährter Schuldklage fortdauern solle; ja es war dieß nur ein Anschließen an das, was schon vor ihm bei der Verjährung der Temporalklagen gegolten hatte, und es streitet demnach die Verordnung Justin's, daß die Pfandklage nach verjährter Schuldklage nur noch eine bestimmte Zeit gegen den besitzenden Pfandschuldner Statt finden solle, gegen die strenge Consequenz. So wenig demnach deßhalb, weil das Pfandrecht nach Erlöschung des Forderungsrechtes durch Confusion oder Novation fortdauern kann, Jemand behaupten wird, daß nach eingetretener Confusion oder Novation überall noch eine naturalis obligatio bestehen bleibe, so wenig kann auch aus dem Fortbestehen des Pfandrechts nach verjährter Schuldklage der Schluß gezogen werden, daß dieß deßhalb so sey, weil mit der Klagen-Verjährung immer nur die Klage hinwegfalle, das Forderungsrecht aber als naturalis obligatio wirksam bleibe. Dagegen kann man zwar in solchen Fällen, wo das Pfandrecht nach erloschener Forderung bestehen bleibt, also auch bei der Klagen-Verjährung, mit Paulus in l. 59. ad Sctum Treb. sagen: „remanet ergo *propter pignus* naturalis obligatio," ohne daß man sich jedoch zu sonstigen Folgerungen verleiten lassen dürfte, wie, daß aus dem verjährten Forderungsrechte, auch nach verjährter Pfandklage, noch eine naturalis obligatio fortbestehe; denn jene naturalis obligatio wird blos „propter pignus" angenommen, also nur so weit, als die Fortdauer des Pfandrechts dieß erfordert, da das Forderungsrecht an sich immer erloschen ist; was auch da Bedeutung erhält, wo das Pfandrecht nach verjährter Schuldklage noch fortdauert; denn erreicht hier der Werth der verpfändeten Sache nicht die Größe der verjährten Forderung,

so kann das, was diese sich höher belief, nicht etwa noch zur Compensation u. dgl. gebraucht werden.

Es erhellet aber aus dem Seitherigen ferner, daß sich Gordian in der oben behandelten l. 2. C. de luit. pign. recht gut so allgemein ausdrücken konnte, wie er sich ausgedrückt hat, „und daß diese Stelle allerdings auch von der Fortdauer des Pfandrechts nach verjährter Schuldklage verstanden werden kann, nicht blos im Justinianischen Rechte, sondern schon zu Gordian's Zeiten, indem schon damals das Pfandrecht nach verjährter Temporalklage fortdauern mußte.

Sehr zur Bestättigung des hier über den Grund der Fortdauer des Pfandrechts nach verjährter persönlicher Klage Gesagten, dient auch noch das, was in unsern Quellen über die Natur des *constitutum* bemerkt wird. Auch dieses ist bekanntlich accessorischer Natur, und dennoch erlischt es nicht in allen Fällen, in welchen die obligatio principalis hinweggefallen ist. Der Grund ist hier ein ganz ähnlicher wie beim Pfandrechte. Auch das constitutum ist ein Institut des prätorischen Rechts, und auch ihm hatte der Prätor suas conditiones beigefügt, wonach das constitutum zwar durch Erfüllung der obligatio principalis gleichfalls erlöschen soll, da aber, wo diese auf andere Art aufgehört hat, der Constituent aus seinem Versprechen verhaftet bleibt. Daher soll es bei der Beurtheilung der Frage, ob der Constituent noch hafte, nicht darauf ankommen, an nunc sit debitum, sondern nur darauf, an tunc quum constitueretur debitum fuerit, und daraus folgert Ulpian, daß, wenn die *obligatio principalis* durch Verjährung erloschen sey, die Klage aus dem *constitutum* fortdauere [151].

Durch die bisherige Ausführung dürften wohl die von den Gegnern für das Fortbestehen einer obligatio naturalis nach verjährter Klage aufgestellten Gründe vollständig widerlegt,

151) l. 18. §. 1. de pecunia const. (13. 5.)

und so viel dargethan seyn, daß, sollten sich auch für das gänzliche Erlöschen der Forderung nach verjährter Klage keine weiteren Gründe aufführen lassen, diese dennoch nach dem Grunde der Klagen-Verjährung und der besondern Natur der Forderungsrechte angenommen werden müßte. Es läßt sich aber auch für diese Wirkung der Klagen-Verjährung noch ein bestimmter positiver Beweis erbringen, zwar nicht in unmittelbarer Beziehung auf die durch Theodos eingeführte Verjährung der früheren actiones perpetuae, sondern nur in unmittelbarer Beziehung auf die Verjährung der alten actiones temporariae, von welcher aber um so mehr ein vollgiltiger Schluß auf jene gestattet seyn muß, als die durch Theodos eingeführte longissimi temporis praescriptio sich unmittelbar an das prätorische Institut der praescriptio temporalis anschließt, und nur eine zeitgemäße Erweiterung desselben enthält, so daß mit ihr, so weit nicht ausdrücklich eine Abweichung bemerkt ist, auch dieselben Folgen eintreten müssen, welche jene herbeiführte. Während man indessen früher nur beiläufig einzelne Stellen des Pandektenrechtes, die von der Verjährung der Temporalklagen handeln, bei der Frage über die Wirkung der Klagen-Verjährung anzuführen pflegte, hat in neuerer Zeit besonders Heimbach [152]) den oben angegebenen Gesichtspunkt hervorgehoben, und die hierher gehörigen Stellen am vollständigsten zusammen gestellt, so daß es genügen würde, auf ihn verwiesen zu haben, wenn wir uns nicht eine allseitige Erörterung unseres Gegenstandes zum Ziele gesetzt hätten, und wenn nicht den von Heimbach gesammelten Stellen noch einige andere, von ihm nicht berücksichtigten, hinzugefügt werden könnten.

Zunächst muß hier die oben gemachte Bemerkung, daß actio ganz gleichbedeutend mit obligatio gebraucht werde, wiederholt werden, und es erhält jene Bemerkung durch die hier einschlagenden Stellen, wenn sie anders deren noch bedürfte, eine neue Stütze. Bald ist nämlich von einer „actio

152) In Linde's Zeitschrift. Bd. I. Heft 3. Nro. XXII.

cujus dies exiit“ [153]) die Rede, oder von einer „*actio quae tempore perit*,“ „*intercidit*,“ „*finitur*“ [154]); bald dagegen von einer „*obligatio*“ oder von einer „*causa*“ oder „*res quae certo tempore finitur*“ [155]); und ebenso ist bald von einem „*actione tempore liberari*“ [156]) die Rede, bald dagegen von einem „*debitor tempore liberatus*“ [157]). Schon die blose Ansicht und Vergleichung der angeführten Stellen dürfte zum Beweise, daß mit der Verjährung der actiones temporales die ganze obligatio erloschen sey, hinreichend erscheinen, wenn nicht die Gegner, wenigstens gegen einige derselben, Einwendungen gemacht hätten, weßhalb diese erst noch zu widerlegen sind. So soll nach Guyet [158]) die

153) l. 4. pr. ne quis eum qui in jus vocabitur. (2. 7.) l. 3. pr. de feriis. (2. 12.) l. 1. §. 1. l. 21. pr. l. 23. §. 3. ex quib. causis majores. (4. 6.) l. 28. §. 4. de judiciis (5. 1.) l. 10. quod falso tut. auct. (27. 6.) l. 49. pr. l. 70. §. 2. ad Sctum Treb. (36. 1.) l. 1. §. 7. si quid in fraudem patron. (38. 5.)

154) l. 1. §. 6. de dolo malo. (4. 3.) l. 1. §. 1. de in rem verso. (15. 3.) l. 2. de diversis tempor. praescript. (44. 3.) — l. 49. de H. P. (5. 3.) l. 32. §. 1. ad leg. Falcid. (35. 2.) — l. 24. de liberali causa. (40. 12.) l. 14. pr. de reb. auct jud. (42. 5.) l. 2. §. 2. de custod. et exhib. reor. (48. 3.) l. 139. de R. J. (50. 17.) — l. 23. §. 2. de inoff. testam. (5. 2.) l. 48. §. 2. de aedilit. edict. (21. 1.) l. 1. C. de uxorib. milit. (2. 52.)

155) l. 8. pr. de neg. gestis. (3. 5.) l. 1. §. 3. quando de pecul. (15. 2.) l. 1. §. 7. de contrar. tut. act. (27. 4.) l. 55. de leg. 1. l. 6. de O. et A. (44. 7.) l. 21. §. 2. de fidejuss. (46. 1.) l. 2. C. in quib. causis in integr. restit. necess. non est. (2. 41.)

156) l. 3. pr. de eo per quem (2. 10.) l. 38. §. 4. de solutionib. et liberat. (46. 3.) l. 2. C. de restit. milit. (2. 51.)

157) l. 10. pr. si quis cautionib. (2. 11.) l. 8. pr. de neg. gest. (3. 5.) l. 25. §. 2. de H. P. (5. 3.) l. 9. §. 3. de jurejur. (12. 2.) l. 45. de administrat. tut. (26. 7.) l. 1. §. 21. de ventre in poss. mitt. (37. 9.) l. 5. §. 2. de Carbon. edicto (37. 10.) l. 24. de mortis causa donat. (39. 6.) l. 3. §. 1. quae in fraudem cred. (42. 8.) l. 37. de fidejussorib. (46. 1.) l. 25. §. 1. ratam rem haberi (46. 8.) l. 1. §. 4. de munerib. (50. 4.)

158) A. a. O. S. 76.

oben gleichfalls angeführte l. 6. de O. et A., wo Paulus libro IV. ad Sabinum ausdrücklich sagt:

In omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, *non finit obligationem.*

für das Wegfallen des Forderungsrechtes nach verjährter Klage aus dem Grunde Nichts beweisen, weil Paulus in derselben zunächst nur den Grundsatz aufstellen wolle, daß bei der Klagen=Verjährung die computatio naturalis gelte, weßhalb auf die beiläufige Aeußerung, daß die Klagen=Verjährung die obligatio selbst beendige, kein Gewicht gelegt werden dürfe. Daß jedoch dieser Schluß ganz unzulässig sey, erhellet von selbst; denn wollte man ein solches Raisonnement billigen, so würde Paulus dem Vorwurfe nicht entgehen können, daß er sich eines Rechtsirrthums schuldig gemacht habe, ein Vorwurf, der doch wohl, um einem Paulus gemacht werden zu können, besser begründet seyn müßte, und es würden, bei einem solchen Verfahren, gar viele als wohlbegründet angenommene Rechtssätze zusammen fallen [159]. Daneben rechtfertigen aber auch die übrigen angeführten Stellen, in welchen von dem Hinwegfallen der obligatio nach verjährter actio temporalis die Rede ist, vollkommen den Ausspruch des Paulus in l. 6. de O. et A. Mehr Gewicht dürfte der Grund haben, daß in der l. 6. cit. sowie in allen übrigen in Note 155. angeführten Stellen der Ausdruck obligatio in dem engeren Sinnne gebraucht werde, in welchem derselbe nur auf klagbare Forderungen geht [160]; und daß demnach auch in den Stellen, in welchen von einer liberatio *debitoris* in Folge der Verjährung geredet wird, der Ausdruck debitor ebenfalls in dem engeren Sinne stehe, wonach nur derjenige debitor heißt, welcher auf Zahlung belangt werden kann [161],

159) Vermehren a. a. O. S. 338.

160) Pr. J. de obl. (3. 14.) l. 3. pr. de O. et A. l. 16. §. 4. de fidejussor. (46. 1.)

161) l. 108. vergl. mit l. 10. de V. S.

so daß demnach jene Stellen die völlige Erlöschung des Forderungsrechtes in Folge der Verjährung keineswegs beweisen würden. Betrachtet man jedoch die Folgen der Verjährung der Temporalklagen im Einzelnen, so zeigt sich, daß mit derselben die Forderung allerdings, und zwar gänzlich, erlösche, mithin eine naturalis obligatio nicht weiter bestehen bleibe, und daß demnach auch die Ausdrücke *obligatio* finitur und *debitor* liberatur in den allegirten Stellen in ihrem weiteren und gewöhnlichen Sinne stehen, in welchem obligatio auch die naturalis umfaßt, und debitor jeden bezeichnet, welcher in einem Schuldverhältnisse steht, einerlei, ob er civiliter oder blos naturaliter verhaftet ist.

Es soll hier kein besonderes Gewicht darauf gelegt werden, daß der Verlust der Temporalklagen durch Ablauf der zu ihrer Verfolgung gesetzlich bestimmten Zeit, überall mit dem Verluste des Eigenthums durch Usucapion desselben von Seite des Gegners, und mit dem Verluste der Servituten durch Nichtgebrauch von Seite des Berechtigten zusammengestellt wird [162]), obgleich man daraus, wenigstens mit eben dem Rechte, mit welchem die Gegner von der Fortdauer des dinglichen Rechts nach verjährter actio in rem gegen den seitherigen Besitzer auf die Fortdauer einer naturalis obligatio nach verjährter actio in personam schließen wollen, auch auf gleichmäßige Wirkungen, also auf Verlust des ganzen Rechtes, schließen könnte. Vielmehr soll diese Wirkung der Verjährung der Temporalklagen auf andere Weise vollständig dargethan werden.

Eine **Bürgschaft** kann bekanntlich nicht blos für eine civilis, sondern eben so gut auch für eine naturalis obligatio eingegangen werden [163]), und eben deßhalb soll auch

162) l. 4. pr. ne quis eum qui in jus voc. (2. 7.) l. 3. pr. de eo per quem fact. erit. (2. 10.) l. 1. §. 1. l. 21. pr. l. 23. §. 3. ex quib. causis major. (4. 6.) l. 10. quod falso tut. auct. (27. 6.) l. 1. §. 21. de ventre in poss. (37. 9.)

163) *Gajus* III. 119. §. 1. J. de fidejussorib. (3. 20.) l. 1. §. 2. de V. O. (45. 1.) l. 8. §. 2. l. 16. §. 3. de fidejuss. (46. 1.)

überall da, wo nach dem Wegfallen der Wirkung einer obligatio civilis noch eine naturalis obligatio bestehen bleibt, die Verbindlichkeit des Bürgen fortdauern.

Scaevola libro I. responsorum. *Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem* respondit; cum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum [164].

Fiele demnach mit der Verjährung der Temporalklage nur die Klagbarkeit, nicht aber die Forderung selbst hinweg, sondern bestände als naturalis obligatio fort, so müßte nicht nur für diese obligatio naturalis eine Bürgschaft eingegangen, sondern auch die schon vor abgelaufener Verjährungszeit eingegangene giltig bestehen bleiben. Beides wird aber in unsern Quellen geradezu geläugnet. Den ersteren Fall behandelt

Paulus libro XVII. ad Plautium. *Si quis postquam tempore transacto liberatus est fidejussorem dederit, non tenetur*, quoniam erroris fidejussio nulla est [165].

Um diese Stelle, welche dem Fortbestehen einer naturalis obligatio nach verjährter Klage durchaus entgegenstehen würde, zu beseitigen, haben die Vertheidiger dieser Ansicht verschiedene Erklärungs=Versuche gemacht. Guyet [166] findet es kaum begreiflich, wie man in den Worten: „tempore transacto" eine Andeutung der Wirkung der Klagen=Verjährung finden könne, indem das Fragment ganz einfach von einer obligatio in diem spreche, deren vorausbestimmte Zeit abgelaufen sey. Dieß ist aber eine durch Nichts bewiesene, und auch nicht zu beweisende Behauptung, da der Ausdruck tempore transacto jedenfalls eben so gut auf das Hinwegfallen der Forderung durch Verjährung, als durch Eintritt des Endtermins gehen

164) l. 60. de fidejuss. (46. 1.)

165) l. 37. eod.

166) A. a. O. S. 76. So auch Weber a. a. O. S. 399. und Unterholzner a. a. O. Bd. II. §. 258. S. 311 u. 312.

kann, und wirklich auch für den Verlust des Nießbrauchs durch non usus [167]) so wie für den Verlust des Prozesses durch Verjährung [168]) vorkömmt. Auch können beide Fälle sehr gut zusammengestellt werden, und werden es auch [169]); denn was im einen durch die Contrahenten festgesetzt worden ist, hat im andern das Gesetz bestimmt; und nur insofern können verschiedene Folgen eintreten, als im ersteren Falle immer der Wille des Gläubigers der Erlöschungsgrund der Forderung ist, während im letzteren dieselbe ohne seinen Willen in Folge der gesetzlichen Vorschrift eintritt; weßhalb er dort mit der exceptio pacti conventi, hier aber mit der exceptio temporis zurückgewiesen wird, und deßhalb wird das für eine obligatio in diem bestellte Pfand nach Eintritt des dies gleichfalls liberirt, während dasselbe nach Hinwegfallen der Forderung durch Verjährung, wie oben gezeigt wurde, bestehen bleibt. In Beziehung auf die hier vorliegende Frage aber, ob nämlich eine Bürgschaft nach Eintritt des dies oder Ablauf der Verjährungszeit bestellt werden könne, stehen sich beide Fälle vollkommen gleich, indem in dem einen wie in dem andern Falle die Bürgschaft ungiltig ist. Weber [170]) will noch ein besonderes Gewicht auf die Worte: „quia erroris fidejussio nulla est" legen, mithin den Grund der Ungiltigkeit der Bürgschaft für die verjährte Forderung in dem von Seite des Schuldners eingetretenen Irrthum finden. Allerdings beruft sich Paulus selbst für die behauptete Richtigkeit der Bürgschaft auf den dieselbe motivirenden Irrthum von Seite des Schuldners, und zwar mit vollem Rechte; denn hätte der Schuldner gewußt, daß seine Verbindlichkeit durch Verjährung erloschen sey, und hätte dennoch einen Bürgen für seine verjährte Schuld bestellt, so würde darin eine remissio seiner exceptio gelegen [171]), mithin durch die Be-

167) l. 7. quib. modis ususfr. amitt. (7. 4.)

168) l. 18. §. 4. de dolo. (4. 3.)

169) l. 18. §. 1. de pec. const. (13. 5.)

170) A. a. O. S. 397 ff.

171) Vergl. oben S. 23. Note 64.

stellung eines Bürgen seine eigene Verbindlichkeit wieder aufgelebt und eben deßhalb auch die Bürgschaft giltig gewesen seyn. Wußte er dagegen Nichts von dem Erlöschen seiner Verbindlichkeit, wie im vorliegenden Falle, so kann dieser Irrthum nur dann die Ungiltigkeit der Bürgschaft bewirken, wenn eine Verbindlichkeit des Schuldners gar nicht mehr besteht; denn besteht diese auch nur als naturalis obligatio, so reicht sie zur Giltigkeit der Bürgschaft hin, mag nun der Schuldner gewußt haben, daß er nur noch naturaliter verpflichtet sey, oder mag er sich irrig noch für civiliter verpflichtet gehalten haben.

Noch eine andere Erklärung, die aber völlig unhaltbar ist, hat Francke [172]) aufgestellt. Er beruft sich nämlich darauf, daß im früheren Römischen Rechte drei Arten von Bürgen vorgekommen seyen, sponsores, fidepromissores und fidejussores, wovon die beiden ersten Arten nach einer lex Furia immer nach zwei Jahren befreit worden seyen [173]). Demnach sey in der l. 37. cit. ursprünglich von einem sponsor oder fidepromissor die Rede gewesen, dessen ganze obligatio nach Ablauf von zwei Jahren erloschen sey, und nur durch Interpolation sey in der Justinianischen Sammlung fidejussor in jener Stelle gesetzt worden. Allein Paulus handelt ja nicht von der Ungiltigkeit der Bürgschaft wegen des Ablaufs des für diese bestimmten Verjährungstermins, sondern er handelt von der Ungiltigkeit der für eine verjährte Forderung bestellten fidejussio, und es beruht daher jene Erklärung jedenfalls auf einer Uebereilung [174]).

Daß aber eine Bürgschaft für ein verjährtes Forderungsrecht nicht bestehen könne, erhellet ferner aus einer Stelle von *Africanus* libro VII. quaestionum:

Si quis pro reo reverso fidejusserit, qui cum reipublicae causa abesset, *actione qua liberatus sit, deinde*

---

172) Civilist. Abhandlungen. S. 73 u. 74.
173) *Gajus* III. 115 ff.
174) Vergl. Vermehren a. a. O. S. 341—343.

annus praeterierit, an fidejussor liberetur? Quod Juliano non placebat, et quidem si cum fidejussore experiundi potestas non fuit; sed hoc casu in ipsum fidejussorem ex edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fidejussorem qui hominem promissum occiderit [175]).

Diese Stelle beweiset jedenfalls den Satz, daß mit der Verjährung der Klage das Forderungsrecht völlig erloschen sey. Nehmen wir einmal mit unsern Gegnern an, daß nach verjährter Schuldklage eine obligatio naturalis übrig bleibe, so kann Afrikanus möglicher Weise nur entweder den Fall vor Augen gehabt haben, wo nach verjährter Klage der Bürge eingetreten war, oder den, wo die Bürgschaft schon vor Ablauf der Verjährungszeit war eingegangen worden. Wollte man die Stelle von dem Falle verstehen, wo sich der Bürge für die nach verjährter Schuldklage zurückbleibende obligatio naturalis verbürgt hätte, so wäre seine obligatio eine perpetua, und es könnte daher auch nicht von einer Befreiung desselben nach Ablauf der Restitutionszeit gegen den Hauptschuldner, und deßhalb auch nicht von einer Restitution des Gläubigers gegen den Bürgen die Rede seyn. Hätte aber Afrikan an den andern Fall gedacht, wo schon vor verjährter Schuldklage die Bürgschaft eingegangen worden wäre, so müßte diese auch nach verjährter Schuldklage in ihrer vollen Wirksamkeit fortbestehen, also von einer Befreiung des Bürgen und einer Restitution des Gläubigers gegen denselben wieder nicht gesprochen werden können, indem nach l. 60. de fidejussorib. da, wo eine naturalis obligatio bestehen bleibt, auch die Verbindlichkeit des Bürgen fortdauert. Jedenfalls ist also so viel klar, daß nach Verjährung der Hauptschuld eine Bürgschaft für dieselbe giltig nicht bestehen könne. Nur fragt es sich auch jetzt, nachdem wir gezeigt haben, daß eine

175) l. 38. §. 4. de solutionib. (46. 3.). Vergl. über diese Stelle Heimbach a. a. O. S. 444 u. 445; besonders aber Burchardi Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. S. 529 — 537.

obligatio naturalis nach Verjährung der Schuldklage in der zu erklärenden Stelle nicht angenommen werde, wieder, wann die fragliche Bürgschaft eingegangen worden sey, ob vor oder nach der Verjährung der Schuldklage. Wollte man den letzteren Fall annehmen, wozu die Worte: „Si quis pro reo reverso fidejusserit" zunächst führen, so hätte die Bürgschaft offenbar nur für den Fall, daß die verjährte Hauptschuld durch in integrum restitutio wieder hergestellt werden würde, also für eine obligatio futura [176]) eintreten können. Dann aber konnte von einer restitutio des Gläubigers gegen den Bürgen gar nicht die Rede seyn, da er eine Klage gegen diesen noch gar nicht gehabt hatte, und auch, da die Bedingung derselben, nämlich die restitutio obligationis principalis, und zwar durch seine Schuld, nicht eingetreten ist, nicht erlangen kann [177]). Es bleibt also nur der Fall übrig, daß Jemand sich für einen Schuldner verbürgt hatte, dessen Verbindlichkeit hernach, während seiner Abwesenheit in Staatsangelegenheiten, verjährt war, was freilich voraussetzt, daß das für die Forderung bestimmte tempus ein continuum war, weil sonst die Klage auch nicht gegen den Hauptschuldner hätte verjähren können. Damit war denn auch die Verbindlichkeit des Bürgen hinweggefallen; es stand jedoch dem Gläubiger die restitutio ex capite absentiae binnen einem annus utilis sowohl gegen den Hauptschuldner als auch gegen den Bürgen zu, da vor Justinian beide als Correalschuldner in solidum hafteten. Es hatte aber der Gläubiger den annus utilis restitutionis gegen den Hauptschuldner versäumt, und

---

176) l. 50. pr. s. f. de peculio (15. 1.) ... quoniam fidejussor futurae quoque actionis accipi possit, si tamen sic acceptus est.

177) Heimbach a. a. O. versteht die Stelle wirklich von diesem Falle, und Burchardi hält es wenigstens für möglich, daß Afrikan an diesen Fall gedacht habe. Aus den im Texte angegebenen Gründen kann ich jedoch auch nicht einmal die Möglichkeit, daß Afrikan diesen Fall vor Augen gehabt habe, zugeben.

es fragte sich daher weiter, ob nun auch der Bürge gänzlich befreit sey, so daß der Gläubiger auch gegen diesen keine Restitution mehr erlangen könne. Dieß läugnete Julian für den Fall, wo der annus utilis restitutionis gegen den Bürgen noch nicht abgelaufen sey, weil der Gläubiger zwar gegen den Hauptschuldner, nicht aber gegen den Bürgen Restitution nachzusuchen Gelegenheit gehabt: „et quidem si cum fidejussore experiundi potestas non fuit;“ vielmehr müsse hier immer noch die restitutio gegen den Bürgen Statt finden; womit auch Afrikan einverstanden ist. Die letztere Frage kann jedoch, wie Burchardi richtig bemerkt, bei uns, weil an die Stelle des früheren annus utilis der in integrum restitutio ein quadriennium continuum getreten ist, nicht mehr aufgeworfen werden.

Zwei Stellen, die dem bisher Gesagten zu widersprechen scheinen, hat Heimbach a. a. O. S. 446 und 447. ganz genügend erklärt. Es sind dieß die l. 29. §. 6. mandati (17. 1.) und die l. 69. de fidejussoribus (46. 1.). In der ersteren behandelt Ulpian den Fall, wo ein Bürge nur auf eine bestimmte Zeit sich verbürgt, und nach Ablauf dieser Zeit die Schuld bezahlt hat. Hier wird ihm, wenn er anders den Schuldner gegen den Anspruch des Gläubigers vertheidigen will, die actio mandati (contraria) auf Wiedererlangung des von ihm Gezahlten gegen den Schuldner zugesprochen: quanquam enim jam liberatus soluit, fidem tamen implevit et debitorem liberavit. Einen ähnlichen Fall behandelt Tryphonin in l. 69. cit. Es hatte Jemand eine Bürgschafts-Verbindlichkeit übernommen, und war hierauf dem Sohne des verstorbenen Gläubigers als Tutor bestellt worden. Hier soll, wegen seiner Eigenschaft als Tutor, selbst wenn er sich nur auf eine bestimmte Zeit verbürgt hätte, dem Pupillen sowohl als dessen Erben die actio tutelae gegen ihn gegeben werden, da er in dieser Eigenschaft auch wegen seiner sonst nur auf eine bestimmte Zeit beschränkten Verbindlichkeiten, in perpetuum haftet, ja selbst auf Erfüllung solcher Verbindlichkeiten, rücksichtlich deren er an sich nur

naturaliter obligirt ist, mit der actio tutelae belangt werden kann [178]. Zugleich wird ihm aber, wenn er gezahlt hat, auch die actio mandati wieder gegen den Hauptschuldner, den er von seiner Verbindlichkeit befreit hat, zugesprochen, und zwar aus dem von Ulpian in l. 29. §. 1. cit. angegebenen Grunde [179].

Es geht aber die gänzliche Erlöschung der obligatio nach Verjährung der Temporalklage noch aus der Lehre von dem pactum de pecunia constituta hervor. Bekanntlich erfordert dieses immer das Vorhandenseyn einer Schuld, jedoch wieder ohne Unterschied, ob diese eine obligatio civilis oder naturalis ist [180]. Würde demnach nach verjährter actio temporalis noch eine obligatio naturalis fortbestehen, so müßte auch für dieselbe noch ein constitutum eingegangen werden können. Dieß muß aber nach dem, was Ulpian sagt, geläugnet werden:

Ulpianus libro XXVII. ad edictum. Quod adjicitur: *eamque pecuniam, quum constituebatur debitam fuisse*, interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, *ut, si quid tunc debitum fuit, quum constitueretur, nunc non sit*, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde et *temporali actione obligatum* constituendo, *Celsus* et *Julianus* scribunt, teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se

---

178) Vergl. unten S. 77 u. 78.

179) Mit Francke a. a. O. S. 74. anzunehmen, daß in l. 29. §. 6. cit. ursprünglich von einem sponsor oder fidepromissor die Rede gewesen sey, was man dann eben so gut auch in l. 69. cit. annehmen könnte, ist gar nicht nothwendig; denn jedenfalls konnte auch zu der Zeit, wo noch die drei verschiedenen Arten von Bürgen bestanden, der fidejussor sich nur auf eine bestimmte Zeit verbindlich machen, und im Justinianischen Rechte können jene Stellen gar keinen andern Sinn haben.

180) l. 1. §. 7 u. 8. de pecunia constituta. (13. 5.).

solutum constituit, adhuc idem *Julianus* putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatus, licet in id tempus quo non tenebatur [181].

In dieser Stelle wird ganz deutlich gesagt, daß nach verjährter Temporalklage ein debitum nicht weiter vorhanden sey, und dieser Fall wird ganz gleichgestellt dem andern, wo eine obligatio in diem vorlag, nach dessen Ablauf unzweifelhaft die obligatio gänzlich erlischt. Wollte man annehmen, daß nach verjährter actio temporalis noch eine obligatio naturalis übrig bleibe, so wäre das Raisonnement Ulpian's ganz verkehrt; denn dann würde das constitutum nicht aus dem von Ulpian angeführten Grunde, sondern wegen des Fortbestehens eines debitum (naturale) nach wie vor wirksam bleiben. Ist also nach verjährter Temporalklage ein debitum nicht mehr vorhanden, so erhellet, daß auch ein constitutum für ein verjährtes Forderungs=Recht nicht eingegangen werden könne. Daneben ist aber die vorliegende Stelle noch deßhalb besonders wichtig, weil daraus hervorgeht, daß das constitutum (debiti alieni) nicht so wie die Bürgschaft mit der Verjährung der obligatio principalis erlischt, sondern vielmehr gerade so wie das Pfandrecht nach wie vor fortdauert [182].

Einen weiteren Beleg für die gänzliche Erlöschung der Forderung in Folge der Klagen=Verjährung enthält auch eine Stelle von Afrikan:

Africanus libro VI. quaestionum. Procurator, quum ab eo aes alienum exegerat, qui tempore liberaretur, ratam rem dominum habiturum cavit; deinde post tem-

---

181) l. 18. §. 1. de pecun. const. (13. 5.)

182) In der Stelle selbst ist zwar von einem constitutum debiti proprii die Rede; allein was von diesem gesagt ist, muß auch vom constitutum debiti alieni gelten. Da nun nach richtiger Ansicht auch bei uns Bürgschaft und constitutum noch verschieden sind, so ist jener Unterschied jetzt noch von praktischem Interesse.

pus liberato jam debitore, dominus ratam rem habet. Posse debitorem agere cum procuratore existimavit, quum jam debitor liberatus sit; argumentum rei esse, quod si nulla stipulatio interposita sit, condictio locum adversus procuratorem habitura sit, in locum autem condictionis interponi stipulationem [183]).

Nach dieser Stelle soll der Schuldner, welcher „tempore liberatur" (ein Ausdruck, der hier wie sonst auch von einem solchen „qui temporali actione tenebatur" gebraucht wird) [184]), wenn er früher als seine obligatio durch den Ablauf der Zeit beendigt war, an Jemanden, der als Prokurator des Gläubigers die Schuld von ihm eingefordert und die cautio ratam rem dominum habiturum geleistet hatte, wirklich gezahlt hat, die ratihabitio von Seite des Gläubigers aber erst nach Erlöschung der obligatio durch Zeitablauf erfolgte, mit der actio ex stipulatu von dem Prokurator das Gezahlte zurückfordern können, weil er, wenn jenes Versprechen nicht geleistet worden wäre, sich zu demselben Zwecke einer condictio (sine causa) gegen den Prokurator hätte bedienen können. Hieraus geht so viel klar hervor, daß, wenn Jemand irrthümlich die verjährte Schuld zahlt, er mit der condictio indebiti das Gezahlte zurückfordern kann, was offenbar nicht eintreten könnte, wenn noch eine obligatio naturalis fortbestände [185]).

---

183) l. 25. §. 1. ratam rem haberi (46. 8.). Vergl. über diese Stelle *Cujacius* tractat. VI. ad *Africanum* und Heimbach a. a. O. S. 449—451.

184) Siehe oben S. 63. Note 157.

185) Dem Gesagten widerspricht auch nicht l. 71. §. 1. de solutionib. (46. 3.). Hier wird gesagt, daß ein Bürge, welcher sich nur auf bestimmte Zeit verbürgt habe, wenn er vor Ablauf dieser Zeit an den Prokurator des Gläubigers zahle, dieser aber erst nach dem Eintritte des Endtermins die Zahlung genehmige, der Bürge das Gezahlte nicht zurückfordern könne, wohl aber die actio mandati gegen den Schuldner auf Wiedererstattung der gezahlten Summe habe. Der Grund, warum der Bürge

Endlich spricht für die Verjährung des Rechtes mit der Verjährung der Klage ganz unzweideutig das, was in unsern Quellen über die Natur der actio de dolo bemerkt wird. Diese soll, als eine höchst subsidiäre Klage, nur da Statt finden, wo der Verletzte gar kein anderes Rechtsmittel hat. Sie ist daher ausgeschlossen, wenn dem Betrogenen noch eine actio, ein interdictum oder eine in integrum restitutio, ja selbst, wenn ihm eine exceptio zusteht. Gesetzt aber, der Betrogene hatte noch eine actio temporaria, läßt aber diese, entweder durch eigene Schuld oder durch den Betrug seines Gegners verleitet, verjähren, so mußte ihm, wenn eine obligatio naturalis nach verjährter Klage bestehen bliebe, im einen wie im andern Falle die actio de dolo abgesprochen werden, und zwar aus dem ganz einfachen Grunde, weil ihm aus der nach verjährter Klage übrig gebliebenen naturalis obligatio noch eine exceptio (doli generalis) zustände. Allein ganz anders entscheiden hierüber die Römischen Juristen:

Ulpianus libro XI. ad edictum. *Ait praetor: si de his rebus alia actio non erit.* Merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua quis possit experiri. *Usque adeo*, ut et *Pedius* libro octavo scribat: *etiam si interdictum* sit quo quis experiri, vel *exceptio qua se tueri possit*, *cessare hoc edictum.* Idem et *Pomponius* libro vicesimo octavo . . . . . Idem *Pomponius* refert Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere; *et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere sibi imputaturo eo, qui agere supersedit; nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit, ut tempus exiret* 186).

hier nicht eine condictio sine causa gegen den Prokurator des Gläubigers anstellen kann, ist, weil noch eine Schuld existirte, welche durch die Zahlung des Bürgen getilgt wurde.

186) l. 1. §. 4 u. 6. de dolo malo (4. 3.). Heimbach a. a. O. S. 440 — 442.

Hat also der Betrogene noch eine actio temporaria, mit welcher er den Schaden abwenden könnte, läßt aber diese verjähren, so soll ihm zwar, wenn durch seine eigene Nachlässigkeit das tempus actionis abgelaufen ist, die actio de dolo nicht gestattet werden, aber nicht aus dem Grunde, weil ihm wegen der noch vorhandenen obligatio naturalis eine exceptio zustehe, der doch, wenn eine naturalis obligatio nach verjährter Klage fortbestände, hier allein der entscheidende gewesen wäre, sondern weil er das ihm zustehende Rechtsmittel durch seine eigene Schuld verloren habe. Hätte sich aber der dolus auch auf den Verlust der actio temporaria erstreckt, so soll ihm allerdings die actio de dolo zustehen, woraus offenbar erhellet, daß eine obligatio naturalis nach verjährter actio temporalis nicht mehr übrig sey, weil sonst die actio de dolo, wegen der dem Betrogenen immer noch zustehenden exceptio aus der verjährten obligatio, nicht Statt finden könnte.

An dem aus den bisher angeführten Aussprüchen unserer Quellen sich ergebenden Resultate über die Wirkung der Verjährung der Temporalklagen könnte vielleicht eine Aeußerung von Paulus einigen Zweifel erregen. Es wird nämlich in dem Titel der Digesten de neg. gestis (3. 5.) eine Stelle von Ulpian angeführt, wo dieser sagt, daß ein Freigelassener, welcher schon während seiner Sklaverei eine Geschäftsführung übernommen, und diese nach der Freilassung fortgesetzt habe, wegen der während der Sklaverei geführten Geschäfte keine Rechenschaft abzulegen brauche, außer wenn die in Folge der Geschäftsführung vorgenommenen Handlungen in einem so engen Zusammenhange ständen, daß die während der Sklaverei unternommenen von den nach der Freilassung ausgeführten sich nicht trennen ließen [187]). Mit dieser Stelle Ulpian's werden dann zwei Stellen von Paulus in Verbindung gebracht:

---

187) l. 17. de neg. gestis. (3. 5.)

Paulus libro IX. ad edictum. Proculus et Pegasus: bonam fidem eum, qui in servitute gerere coepit, praestare debere, ajunt, ideoque quantum, si alius ejus negotia gessisset, servare potuisset, tantum eum, qui a semetipso non exegerit, negotiorum gestorum actione praestiturum, *si aliquid habuit in peculio* cujus retentione id servari potest. Idem Neratius.

Idem libro II. ad Neratium. At qui natura debitor fuit, etiamsi in peculio nihil habuit, sibi postea solvere debet, in eodem actu perseverans, sicut is, qui temporali actione tenebatur, etiam post tempus exactum negotiorum gestorum actione, id praestare cogitur [188].

Aus der Zusammenstellung dessen „qui natura debitor fuit" und dessen „qui temporali actione tenebatur" könnte man folgern wollen, daß Paulus bei letzterem nach verjährter Temporalklage noch eine naturalis obligatio angenommen habe. Allein dieß wäre ganz verkehrt. Paulus bemerkt nur, daß die Ansicht des Neratius aus dem Grunde nicht genüge, weil auch bei einem Sklaven eine naturalis obligatio angenommen werde [189]. Dieser also, wenn er nach der Freilassung die Geschäftsführung fortsetze, ohne Rücksicht, ob zur Zeit der Freilassung Etwas in seinem peculium gewesen sey, mit der actio negotiorum gestorum gerade so haften müsse, wie ein Nichtsklave, der als debitor naturalis die Geschäfte seines Gläubigers geführt habe, welcher letztere ja auch da, wo er dem Geschäftsherrn temporali actione verpflichtet gewesen und die Klage während der Geschäftsführung verjährt sey, immer mit der actio negotiorum gestorum auf Herausgabe des Betrages der verjährten Schuld könne belangt werden. Er haftet also nicht mehr aus der

---

188) l. 18 und 19. pr. eod.

189) *Gajus* III. 119. §. 1. J. de fidejuss. (3. 20.) l. 13. de cond. indeb. (12. 6.) l. 14. de O. et A. (44. 7.) l. 21. §. 2. de fidejuss. (46. 1.)

ursprünglichen causa debendi, sondern als negotiorum gestor auf Herausgabe dessen, was er aus jener causa eingenommen hat, oder doch hätte einnehmen sollen. So verhält es sich aber nicht blos bei dem negotiorum gestor, sondern auch bei dem Prokurator und dem Vormund, denn alle diese können mit der actio negotiorum gestorum, mandati oder tutelae auf Herausgabe des Betrages ihrer Naturalschuld oder dessen, was sie temporali actione schuldeten, wenn das tempus actionis während der Geschäftsführung abgelaufen ist, belangt werden; und nur insofern ist ein Unterschied zwischen dem Prokurator und dem Tutor auf der einen und dem negotiorum gestor auf der andern Seite, als jene selbst für den Fall, wo sie eine Klage des Geschäftsherrn gegen einen Dritten haben verjähren lassen, mit der actio mandati oder tutelae auf den Betrag der verjährten Forderung haften, was bei dem negotiorum gestor, da er, wegen mangelnder Legitimation, die Klage gegen den Dritten nicht anstellen konnte, nicht eintritt [190].

---

190) l. 6. §. 12. sub fine, l. 7. l. 8. pr. l. 35 u. 38. de neg. gestis (3. 5.) l. 25. §. 2. de H. P. (5. 3.) l. 31. mandati. (17. 1.) l. 9. §. 1 u. 2. l. 37. de administrat. et per. tut. (26. 7.) l. 9. §. 7. l. 10. de tutelae act. (27. 3.) l. 37. de fideicommiss. libert. (40. 5.) l. 69. de fidejussorib. (46. 1.)

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Buechel, Conrad,

Civilrechtliche Eroerterungen in einer Reihe einzelner Abhandlungen

Bd.: 1,1

Marburg 1834

J.rom.m. 75 cg-1,1/3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566517-1